دكتور عبد الله مبروك النجار
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

الضرر الأدبى

ومدى ضمانه فى الفقه الاسلامى والقانون

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
١٤١١هـ - ١٩٩٠م

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

إهـــــــداء ٢٠٠٦
المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار
القاهرة

دكتور عبدالله مبروك النجار
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

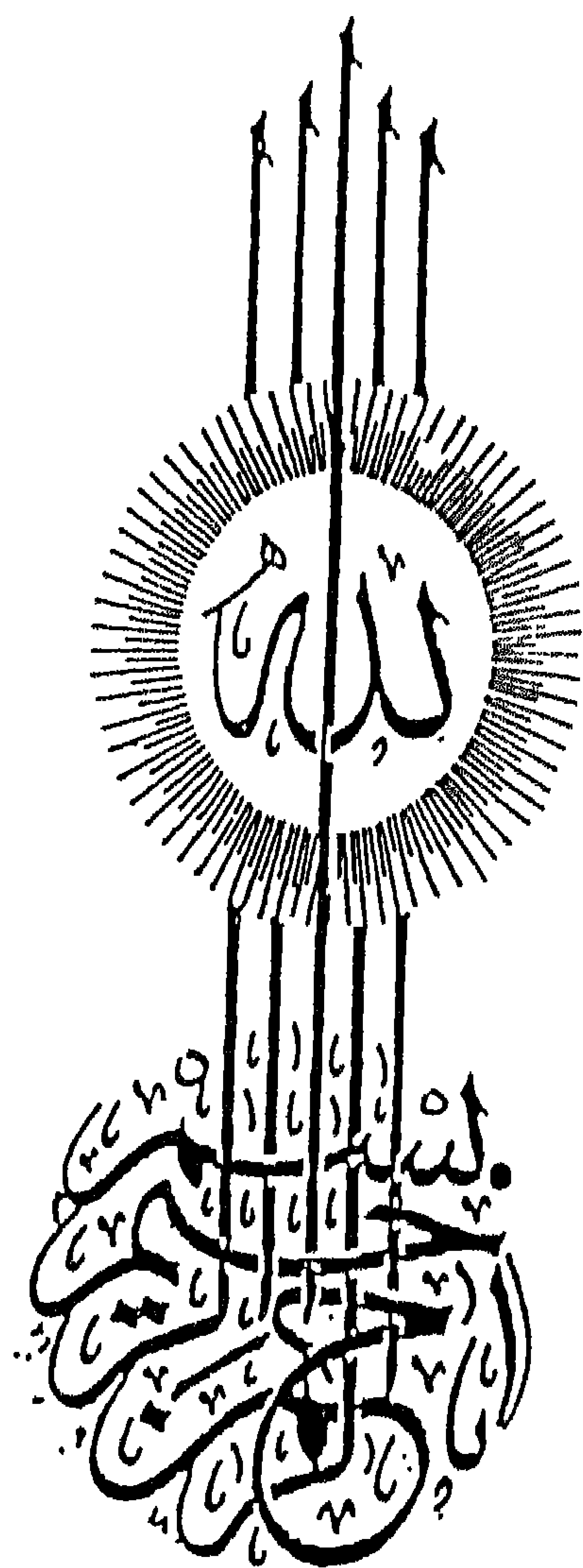
الضرر الأدبي

ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
١٤١١هـ - ١٩٩٠م

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبدالخالق ثروت بالقاهرة


الله
بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الأولين والآخرين ، سيدنا محمد بن عبدالله الذى أرسله ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ، فأدى الأمانة وبلغ الرسالة ، وترك شريعته كاملة متكاملة صالحة لتحقيق مصالح الناس وحفظ حقوقهم ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها . وبعد

فان موضوع الضرر الأدبي قد أصبح في وقتنا الحاضر يمثل أهم الموضوعات التى تمس حياة الناس ، وتشغل بالهم ، لما يتسم به من أهمية عملية يعكسها عدد القضايا التى تثار بين جنبات المحاكم مطالبة بالتعويض عنه ، وقد تجاوز مجال الضرر الأدبي الحدود التقليدية التى كان يقف عندها الى مجالات قانونية جديدة ، تتوخى حماية الكيان الأدبي للانسان بصفة عامة ، واسفر ذلك التوسع في نطاقه الى ظهور موضوعات جديدة تعد مجالا لدراسته ، كالحق في السمعة ، وحق الانسان في تمييز ذاته ، وحقه في حماية خصوصيات حياته ، وحقه في سلامة جسده ، وغير ذلك من الحقوق التى يعتبر الضرر الأدبي تعديا عليها ، والتى نود أن نقف على حكم التشريع الاسلامي فيها .

وفي تصورى أن الضرر الأدبي هو أكثر الاضرار خطورة ، وأكبرها أثرا في حياة الفرد والجماعة ، بل انه لا يوجد أى نوع من أنواع التعدى الا وللضرر الأدبي فيه وجود ، حتى اننا اذا تأملنا الاضرار المالية الخالصة ، وجدنا انها في حقيقتها تنتهى الى ضرر أدبي ، يتمثل في الحزن والألم الذى يصيب الانسان من مجرد التعدى الذى يسفر عن فقد مبلغ من المال ، فالضرر الأدبي موجود في كل صور التعدى ، بل هو القاسم المشترك بينها جميعا .

لهذا كان تفريد الضرر الأدبي بالدراسة أمرا بالغ الصعوبة في كثير من الصور حيث يوجد الضرر الأدبي فيها ممتزجا بالضرر المادى على نحو يجعل تصنيف الضرر في جانب معين امرا بالغ الصعوبة ، ولذلك

جرى العمل في هذا البحث على أن يكون تغليب جانب الضرر الأدبي في الموضوع هو المسوغ لدخوله ضمن منهج دراسته ، فكلما كان الضرر الأدبي خالصا أو غالبا في الموضوع ، كان ذلك مسوغا لشموله بالبحث والنظر في محاولة لاستجلاء المبادئ العامة التي تحكم هذا النوع من الضرر مع التركيز على الجانب الأدبي منه في حالة وجوده مختلطا مع الضرر المادي .

ومن المسائل التي تعكس أهمية دراسة الموضوع ما يتصل بكيفية التعويض عن الاضرار الأدبية ، أو مدى امكان التعويض عما ينشأ في ظل احكام المسئولية المدنية من اضرار ادبية ، ولقد بات من المسلم به في فقه القانون والتشريع ، أن للضرر الأدبي ذاتية متميزة ووجودا مستقلا يتميز بهما عن غيره من الاضرار التي تؤدي الى قيام المسئولية ، ويكون بذاتيته وتميزه سببا لقيام أركانها ، وتحقق وجودها بما تستوجبه من محو لأضراره ، أو تخفيف لأثاره ، ولكن تحديد نطاق المسئولية عن الضرر الأدبي مازال يثير بعض الاختلاف في الرأي حول المدى الذي يجب أن تقف عنده حدود تلك المسئولية ، وبخاصة ما يتعلق منها بطبيعة الضرر الأدبي في ذاته ، ونطاق وجوده في ساحة المصالح المعتدى عليها منه ، والتي تقررت المسئولية لحمايتها من خلاله ، ولعل هذا الاختلاف مرده الى عموم النصوص التي تعالج أحكام الضرر الأدبي ، وإطلاقها ، فهي وإن كانت تقرر أصل المبدأ وهو جواز التعويض عنه ، الا أنها قد عبرت عن ذلك بنوع من العموم الذي لا يحدد نطاقه ، ولا يبين حدوده ، وذلك مدخل طبيعي لاختلاف في الرأي حول تلك المسائل ، بدأ ظهوره مع وجود فكرته ، وانعكست آثاره على القضاء ، الذي ترددت احكامه في أول العهد به بين الاعتبار والانكار ، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي تشهد استقرارا ملحوظا في ظل التقنين المدني الجديد ، والفقه ، وما تجرى عليه أحكام القضاء ، الا أن تفريد كثير من مسائله مازال في حاجة الى المزيد من التأصيل والدراسة . ذلك بالنسبة للقانون وفقهه ، أما بالنسبة للتشريع الاسلامي ، فيمكن القول : ان فكرة الضرر الأدبي ، وقيام أحكام الضمان عنه تعد من المسائل التي تفرضها قضايا التشريع المعاصر ، وتلح في استجلاء أحكامها من

من خلال فقهه ومصادره ، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي أصبحت تشكل تواجدا مستمرا في حياة الناس ، واستقرارا ملحوظا في ساحات المحاكم ، الا ان ذلك التواجد المستمر ، والاستقرار الواضح لها في مجال التطبيق لم يلقها في مجال الدراسات الفقهية ، ما يجلي كثيرا من أحكام هذا النوع من الضمان ، رغم تلك الأهمية التي حظى بها في المجال العملي ، حتى أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي من فرط ندرة ما تلاقيه من اهتمام في مجال الدراسات الفقهية تبدو غير واضحة المعالم رغم تزايد أهميتها في وقتنا الحاضر، ورغم أن فقهاءنا القدامى قد وضعوا الاساس السليم لما يؤصل أحكامها ويحدد معالمها ، ويبين مدى مشروعية التعويض عن الضرر الحاصل من خلالها ، أقول : رغم أن فقهاءنا قد أدوا واجبهم نحوها ، ووضعوا أساس فكرتها ، الا أن من بعدهم من المشتغلين بالدراسات الفقهية لم يكملوا البناء ، ولم يخلفوا ما يتعلق به ، غير معلومات متناثرة هنا أو هناك ، لا يجمعها ضابط ، ولا يربط بينها رابط ، وهي على شدة أهميتها ، لا تروى عطشا ، ولا تشبع نهما ، ومن ثم كان في حاجة الى تأصيل وزيادة دراسة ، تكمل هذا النقص أو تضيف الى بناء الفكرة جديدا يؤصل أحكامها ويجلي مسائلها على ضوء أحكام التشريع الاسلامي ، وهذا ما نرجوه من وراء تلك الدراسة .

أرجو الله تبارك وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل ، وأن يجعله خالصا لوجهه ، وأن ينفع به الاسلام والمسلمين ، هذا وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب .

المؤلف

(الخطة العامة لدراسة الموضوع)

تقوم دراسة هذا الموضوع في اطارها العام على

قسمين رئيسيين :

القسم الأول : حقيقة الضرر الأدبي وتطبيقاته في الفقهين الاسلامي والوضعي .

القسم الثاني : مدى ضمان الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي .

القسم الأول

حقيقة الضرر الأدبي وتطبيقاته

في الفقهين الاسلامي والوضعي

١ ـ نتناول في هذا القسم بيان حقيقة الضرر الأدبي فنعرف بـــه ونبين خصائصه ، وشروطه ، ثم نحاول تأصيل تطبيقاتـــه الفقهية في كل من الفقهين الاسلامي والوضعي ، وســـوف نتناول دراسة هذه المسائل من خلال البابين التاليين :

الباب الأول : حقيقة الضرر الأدبـــي .

الباب الثاني : تطبيقات الضرر الأدبـــي .

الباب الأول

حقيقة الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

٢ — وفي هذا الباب سوف نقوم بتعريف الضرر الأدبي ونبرز خصائصه في الفصل الأول ، وفي الفصل الثاني نبين شروط الضرر الأدبي ، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول

التعريف بالضرر الأدبي وبيان خصائصه

(المبحث الأول)

التعريف بالضرر الأدبي

(المطلب الأول)

التعريف بالضرر الأدبي في فقه القانون

٣ - يملك الانسان باعتباره انسانا عدة مكنات أو ميزات تكمن في حياته ، وفي القدرات التي منحها الله له والتي بها يقدر على العمل والتفكير ، وهذه القدرات التي منحها الله له تسمح له من جانب أول أن يقوم بالأعمال الضرورية لحياته ، ومن جانب ثان بالعمل ليكسب قوته ، وهذه المكنات وتلك القدرات تشكل في مجموعها حق الحياة وهذا الحق بطبيعته غير مالي ، لأن تلك المميزات التي يتشكل من خلالها تعتبر بطبيعتها غير مالية .

والقدرات التي يملكها الانسان وتدخل في مكونات حق الحياة بالنسبة له ، تكون في حد ذاتها قيمة لا تقل في أهميتها عن الحقوق المالية الأخرى التي تثبت له ، ان لم تكن أكثر أهمية وخطرا ، ولما كانت حقوق الانسان المالية تجعل له ذمة تتضمن تلك الحقوق ، وتعرف بالذمة المالية ، فان مكونات حقه في الحياة تستأهل بالضرورة وجود ذمة تتضمنها تسمى بالذمة الأدبية ، وهي ذمة غير مالية تتضمن حقوقه الأدبية ، كما تتضمن الأولى حقوقه المالية (١) .

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . أحمد شرف الدين - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي - ص ٩ - فقرة ٥ - ١٩٨٢م .

والاعتداء على مقومات حق الانسان في الحياة ، بسبب خللا عضويا يترتب عليه انتقاص تلك المقومات أو فقدها بالكلية . وقد يؤدى الى اصابة المضرور في قدرته المهنية . ومكونات حق الانسان في الحياة يتساوى فيها جميع الناس ، لأن معنى الحياة لا يتفاوت من شخص لآخر ، فكل انسان يتمتع بها بحسب الأصل ، ومن ثم كان الضرر غير المالي (الأدبي) الواقع عليها بحسب الأصل ضرر واحد لا يختلف باختلاف محله من انسان لآخر ، ولكن الأمر الذى يقبل الاختلاف هو ما يتبع التعدى على تلك المقومات من نتائج مالية تختلف تبعا لظروف كل فرد وحالته الشخصية ، وبصفة خاصة طبيعة عمله (١)

ويستبين من ذلك ان الاعتداء مكونات حق الانسان في الحياة، وهو ما يمثل جوهر الضرر الأدبي يترتب عليه ضرر مباشر ، فيمثل في مجرد المساس بالقيم التى تخولها هذه الحقوق ، وضرر غير مباشر ، يتمثل في الانتقاص من النتائج التى ترتبها تلك القيم أو فقدها .

٤ — حقيقة الضرر الأدبي :

والضرر بصفة عامة ، يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما ، مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التى يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه (٢)

فالضرر لا يعتد به الا اذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك ، فاذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر

(١) المرجع نفسه ، وراجع : د . سليمان مرقس — المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية — القسم الأول — فقرة ٦٢ - ١٩٧١م.

(٢)

الأشد ضررا اخف منه فانه لا يعتبر فعلا ضارا ولا يستوجب التعويض (١)

واذا كان الضرر هو الأذى الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له ، فانه يستوى بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك ، أى أنه لا يشترط أن يكون الحق الذى يحصل المساس به حقا ماليا كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الدائنية ، بل يكفي المساس بأى حق يحميه القانون ، كالحق في الحياة ، والحق في سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية ، وحرية العمل ، وحق الانسان في حفظ شرفه واعتباره ، بل انه لا يشترط أن يكون المساس بحقه يحميه القانون ، ويكفي أن يقع على مصلحة مشروعة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة ، طالما أن هذه المصلحة مشروعة . أى غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعولهم الشخص دون التزام قانوني عليه في لقاء الشخص على قيد الحياة (٢)

وعلى ضوء ذلك يعتبر ضررا أدبيا كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب وكل الم يصيب الانسان في جسده أو عاطفته كما في الضرب والاهانة ، وقتل عزيز ، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير ، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أم لا (٣)

---

(١) مثال ذلك : ما لو نقلت مصلحة السكك الحديدية احدى محطاتها من مكانها الى جوار ملك شخص معين بعد أن استبدلت قطاراتها التجارية بقطارات الديزل ، فتضرر المالك المذكور من الضوضاء التى تحدثها المحطة الجديدة بجوار ملكه ، وثبت أن الضرر الذى كان يسببه له تسيير القطارات البخارية بمحاذاة ملكه كان أشد من ضرر الضوضاء لا يعتبر نقل المحطة الى جوار ملكه ضارا به لأنه لم يجعل مركزه اسوأ من ذى قبل . راجع في هذا المعنى : حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٤٤/٢/٢٤م — مجموعة القواعد القانونية لربع قرن رقم ٣٢ ص ٢٦٣ (طعن رقم ٧٦ س ١٣ ق) — موسوعة القضاء في المسئولية المدنية للاستاذ عبدالمعين جمعه — جـ ١ — ص ٣٣٨ .

(٢) د . سليمان مرقس . السابق — فقرة ٦٢ .

(٣) د . سليمان مرقس . السابق — فقرة ٦٣ ص ١٣١ .

وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معـــان ، فعرفه بعضهم بأنه [١] " الأذى الذى يصيب المضرور في جسمه أو مالـه أو شرفه أو عواطفه ، وعرفه البعض الآخر بأنه : " الأذى الــذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانـت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنويـة [٢]

ويبدو من خلال هذه التعريفات ، ان معناها شامل للضـرر المادى الواقع على الجسم والمال ، وكذلك أيضا : الضرر الأدبـي الواقع على النفس أو الشرف او الاعتبار ، وان كلا الضررين يجـب التعويض عنه [٣]

٥ - الضرر الأدبي في مفهوم الفقهـاء :

وقد خص فقهاء القانون الضرر الأدبي بالتعريف الذى يحـدد ماهيته ويجلى مفهومه كنوع من الضرر ينبغي اظهاره توطئة لبيان مـا يترتب عليه من ضمان يزيل آثاره ، ويمسح آلامه ، فعرفه بعض الفقهـاء

---

(١) د . السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٩٢٧ ، مصطفى مرعـي - المسئولية المدنية فقرة ١٢٢ ، د . حشمت أبو ستيت - نظريـة الالتزام - فقره ١٢٢ ، د . عبدالودود يحيى - الموجز فـي نظرية الالتزام - جـ ١ ص ٢٣٣ .

(٢) د . جميل الشرقاوى - دروس في النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - فقرة ١١ . د . عبدالحى حجازى - نظرية الالـتزام ص ٤٧٠ ، والاستاذ حسين عامر - المسئولية المدنية ، فقـرة ٣٢١ - ص ٣٠٦ ، د . محمد حسين الشامي - ركن الخطـأ في المسئولية المدنية - ص ٤٩٩ ، فقرة ٢٤٥ .

(٣) د . محمد حسين الشامي - المرجع والمكان السابقـان .

بأنه :" ذلك الضرر الذى لا يلحق ذمة الانسان المالية ، بل يلحق ذمته المعنوية اذا صح هذا التعبير ، والضرر المعنوى على أنواع، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف ، ومنه ما يمس حقا ثابتا للانسان كأسمه أو خصوصياته ، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذى ينتاب الشخص لوفاة أحد احبائه ، ومنه ما يصيب الجسم وان لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم "(١)

وقد عرفه جانب آخر من الفقهاء :" بأنه الألم النفسي الذى يشعر به المضرور من جراء اصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح ، والتشويه الذى يصيبه منها بجانب ما يؤدى اليه مثل تلك الاصابات من اضرار مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب ، وقد يترتب الضرر الأدبي على الآثار المادية لهذا الاعتداء (٢) فالضرر الأدبي ، هو الضرر الذى لا يمس المال ولا يمس مصلحة مالية . وهو في الجملة عبارة عن الألم والحزن الذى يصيب الانسان (٣) والتعويض عن الضرر الأدبي يتحقق في الحالات التى يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الطبيعية ، ويتحقق ذلك في حالة المساس بحق الشخص في الاسم أو الشرف أو الكرامة ، وكل ما يتعلق بالنواحى الأدبية وايذاء السمعة

---

(١) د . حلمى بهجت بدوى - اصول الالتزامات - الكتاب الأول ص ٤٠٥ ، مطبعة نورى بالقاهرة سنة ١٩٤٣م ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام - ص ٤٤٠ ، الاستاذ حسين عكوش - المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد - ص ١١٠ ، مكتبة القاهرة الحديثة . د . عبدالمنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - فقرة ٤٦٨ - دار النهضة العربية ، د . جمال الدين زكى - نظرية الالتزام - ج ١ فقرة ٢١٥ .

(٢) د . جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ٤٨٤ ، طبعة ١٩٨١ م .

(٣) د . عبدالحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - ص ٤٧٣ - مطبعة نهضة مصر بالفجالة .

وهي تتعلق بالكيان المعنوى للشخصية [١] ، ويتحقق الضرر الأدبي كذلك بالنسبة لكل اعتداء على حق من حقوق الأسرة ، بل قد يتحقق الضرر الأدبي اذا وقع اعتداء على مصلحة أدبية للشخص ، وعلى الشعور الانساني والعاطفة والمعتقدات الدينية [٢] .

وقد نصت المادة ٢٦٧ من التقنين المدني الأردني على أن كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ، يجعل المتعدى مسئولا عن الضمان ، والمادة ٢٦٧ اردني مأخوذة عن المادة ٢٠٥ مدني عراقي .

---

(١) د . توفيق فرج - السابق ، د . جميل الشرقاوى - السابق ، د . أنور سلطان - مصادر الالتزام - ص ٣٢٨ وما بعدها ١٩٨٣، دار النهضة العربية .

(٢) د . عبدالودود يحيى - السابق .

(المطلب الثاني)

التعريف بالضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٦— وفي الفقه الاسلامي ، يطلق الضرر ، ويراد به ما هو ضد النفع[(١)] ، وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان . استقوها من قول الله تعالى :" واذا مس الانسان الضر دعانا .. الآية "[(٢)] ، فقالوا : ان الضر ، بضم الضاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن ، وأما الضر بفتح الضاد ، فانه ما كان ضد النفع[(٣)] وقد اطلق على نقص يدخل الأعيان[(٤)].

وفي اصطلاح الفقهاء : ورد التعبير عن الضرر بعدة معان : منها الاتلاف ، ومنها الاستهلاك ، ومنها الافساد ، ومنها الأفعال الموجبة للضمان[(٥)] ، والواقع ان هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف ، بل هي وصف للافعال الموجبة للضمان[(٦)]

---

(١) مختار الصحاح — ص ٣٧٩ — دار الفكر .

(٢) سورة يونس — الآية ٢١ .

(٣) ابن منظور — لسان العرب — ج ٢ ص ٢٥٧٣ ، مادة ضرر .

(٤) المصباح المنير : مادة ضرر .

(٥) راجع في هذا المعنى د . حسين الشامي ، السابق ، ص ٥٠٠ .

(٦) الكاساني — بدائع الصنائع — ج ٦ ص ٢٨٦ ، والضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف — ص ٤٦ ، ومجمع الضمانات للبغدادي . ص ١٥٣ ، والقواعد في الفقه الاسلامي — لابن رجب — ص ٢٠٤ ، وراجع : ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد — ص ٢١٩ وما بعدها .

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه: " الحاق مفسدة بالغير مطلقا ، أو هو كل اذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته ، فيسبب له خسارة مالية ، سواء بالنقض أو التلف المادى أو ينقص المنافع ، أو زوال بعض الأوصاف (١)

وقد عرف الضرر بعض الفقهاء المحدثين بأنه : " اتلاف جزئي أو كلي لشيء مادى والمقصود بالاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا (٢)

وتعريف الضرر بالاتلاف قاصر ، لأنه لا يشمل الجراحة التى لا تفقد كل المنفعة ولا بعضها ، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمن الأدوية ، ولا يشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيء منفعته كلها ولا بعضها ، وانما يؤثر في كماله ، كالخرق اليسير في الثوب ، كما أنه لا يشمل الاضرار بالقول ، كما في سب الآخرين وشتمهم ، فان فيه ضرر الهم ، ولا يسمى اتلافا (٣)

---

(١) ابن حجر الهيثمي - فتح المبين لشرح الأربعين ص ٢٣٧ ، دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٥٢ هـ ، وفيض القدير - لمحمد المدعو عبد الرؤوف المناوى - جـ ٦ ص ٤٣١ ، الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ - المكتبة التجارية الكبرى .
ود . مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - جـ ٢ - فقرة ٥٨٦ ، د . محمد فوزى فيض الله :
المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة من كلية الشريعة جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ - ص ١١٧ . د . وهبة الزحيلي - التعويض عن الضرر - بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي ، كلية الشريعة - جامعة الملك عبد العزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ ص ١١ .
والشيخ على الخفيف - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) د . شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية - فقرة ٢٢٩ .

(٣) د . فوزى فيض الله - السابق - ص ١١٧ .

وقد اشار فقهاء المالكية الى التفرقة بين الاتلاف والأفساد ، ومثلوا للاتلاف بقتل الحيوان ، وتمزيق الثوب ، وقطع الشجر ، وذكروا ان الافساد على نوعين ، أحدهما : ما يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع يد عبد أو رجل دابة ، والثاني : ما يكون يسيرا كثقب الثوب(1) وهذا البيان يفصح عن مدى ما بين الاتلاف والمفسدة من فوارق ، وقد عرف الحنفية الاتلاف بأنه: اخراج الشيء من أن يكون منتفعا به ، منفعة مطلوبة عادة ، وهذا اعتداء واضرار(٢) ، سواء وقع اتلافا له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحا للانتفاع ، أم معنى ، باحداث ما يمنع الانتفاع به ، مع قيامه في نفسه حقيقة ، لأن كل ذلك اعتداء واضرار ، وسواء كان الاتلاف مباشرة بايصال الآلة بمحل التلف أو تسببا بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة ، لأن كل واحد منهما يقع اعتداء واضرارا فيوجب الضمان(٣)

(١) القوانين الفقهية - لابن جزى - ص ٣١٨ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني - جـ ٧ ص ١٦٤ ، وراجع : د . سليمان محمد أحمد - ضمان المتلفات - ص ١٩٤ حيث يقول : والفقهاء يطلقون احيانا كلمة الاتلاف على كل ما يؤدى الى ذهاب المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه .

(٣) بدائع الصنائع - جـ ٧ ص ١٦٥ ، وراجع : د . محمد فوزى فيض الله - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٨٦ ، حيث يرى : " ان الاتلاف يلحق به الافساد ، وهو في بعض المصطلحات ادخال نقص يسير على الاعيان ، أو هو اتلاف جزئي ، وقد يقع اتلافا كليا ، والاستهلاك وهو اتلاف المال في منفعة الانسان ، كأكل الطعام وشرب اللبن ، واشعال النار للتدفئة واحراق الوقود لانطلاق السيارة ، والاهلاك وهو بمعنى الاتلاف ، حيث يختلف عنه بأن الاتلاف افساد الشيء بلا منفعة ، والاهلاك قد يكون بمنفعة " .

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذى يدخل على الأعيان ، قاصر أيضا ، لعدم شموله للاتلاف الكلي ، وان كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى ،كما انه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية (١)

لذلك يترجح لدينا أن تعريف الضرر بأنه الحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو مشاعره ، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون (٢) .

٧ — اصطلاح الضرر الأدبي مستحدث في الفقه الاسلامي :

وعبارة الضرر الأدبي عبارة مستحدثة الى حد كبير . ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها في وقتنا الحاضر في كتب الفقهاء القدامى وان كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبوه في باب الجنايات وباب الغصب بصفة خاصة وفي أبواب العقود بصفة عامة بالقدر الذى تقوم عليه مقومات تلك الدراسة ، ولهذا لم يعن قدامى الفقهاء بتعريف الضرر الأدبي على حدة ، كما لم يعنوا بدراسته على نحو مستقل مثلما

(١) د . فوزى فيض الله — المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون السابق — ص ١١٨ ، د . سليمان محمد أحمد — المرجع نفسه ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) راجع : د . فوزي فيض الله — المرجع نفسه — ص ١١٨ ، حيث يرى ان ادخال أل على غير في تعريف الضرر مما يؤخذ على التعريف ، وان كان ذلك يمثل خطأ مشهورا ، ويقرر في هامش (٢) من نفس الصفحة : ان وجه الخطأ في ذلك أن غير تلزم التنكير فلا يصح دخول ال عليها ، وقد انتقد الشيخ عميرة ذلك في حاشيته على شرح الجلال المحلى في باب الغصب جـ ٣ ص ٢٦ . وراجع : د . حسين الشامي — المرجع السابق ص ١٠٥ حيث يرى : ان عدم مشروعية الضرر لا بد أن تدخل قيدا في التعريف ، وعليه يعرف الضرر بأنه : الأذى غير المشروع الذى يصيب الانسان في نفسه أو ماله ، أو شرفه أو عاطفته .

يجرى عليه العمل عند المعاصرين من الفقهاء ، الذين عنوا بتعريفه ، كما عنوا بتأصيل أحكامه انطلاقا من الأساس الذى وضعه الاقدمون .

وقد عرفه بعض المحدثين من الفقهاء بأنه :" الاذى الذى يصيب الانسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية ، ويشترط فيه أن يكون حالا أو مستقبلا ،أو محقق الوقوع كالضرر المادى[1]أو هو الحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم ، وانما يمس كرامتهم أو يؤذى شعورهم أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم ،أو يسيء الى سمعتهم أو نحو ذلك من الاضرار التى يطلق عليها اليوم اسم الاضرار الأدبية[2]أو هو ما يصيب الانسان في شعوره ،أو عاطفته أو كرامته أو شرفه ،أو هو الذى قد يصيب الجسم ، فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك ،أى انه عبارة عن الألم والحزن الذى يصيب الانسان[3]

٨ - محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الأدبي :

ويبدو من خلال ما قرره فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة الضرر الأدبي ، انه ضرر غير مالي ،اى أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصدا ، وأن كان تقويمها بالمال

---

(١) د . حسين الشامي - السابق - ص ٥١٢ .

(٢) د . محمد فوزى فيض - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - السابق - ص ٩٢ - فقرة ١١٢ وراجع رسالته السابقة - ص ١٢٠ ، حيث يرى أن الضرر الأدبي هو انزال مفسدة في شخصية الآخرين .

(٣) د . وهبة الزحيلي - التعويض من الضرر - السابق - ص ١٢ .

في حالة الفوات يمكن وروده ، وذلك كنوع من الضمان الذى يستهدف جبر الضرر ومواساة المعتدى عليه (١)، وان محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الواقع عليها يمثل حماية الانسان في شرفه وعرضه وسمعته وعواطفه ومركزه الأدبي في المجتمع ، كما يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بالتشويه او اتلاف معنى من معاني الحياة في الانسان ، وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيما تعلو فوق قيمة المال ،ولا تقدر به اصلا ، وان كان وروده كمقياس لقيمتها امرا ممكنا ، وفي النهاية فان تقرير احكام المسئولية في تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية ، لأنها تستهدف حماية تلك القيم في الانسان والمجتمع ، حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدى عليها . وهذه المعاني يمكن ابرازها على ضوء احكام التشريع الاسلامي .

٩ ـ الأحكام الشرعية تستهدف حماية المصالح المعتبرة :

ومن المقرر شرعا ان أحكام الله انما تستهدف حماية مصالح الناس ورفع الضرر عنهم ، ولهذا كان من مقاصد تلك الأحكام العامة حفظ ضرورات الحياة ، التى تدخل تحت مسمى الضرورات الخمس والتى تحتل قمة المصالح المعتبرة التى أولتها الشريعة الاسلامية حفظها ورعايتها ، وهذه الضرورات الخمس ، هي الدين والنفس والعرض والمال والعقل ، ولهذا يقول العز بن عبد السلام : " والمصالح المعتبرة التى يتجه الاحكام الفقهية الى تحقيقها وحفظها في الناس من خلال تكاليف التشريع الاسلامي تشتمل على ثلاثة أنواع أولها وأهمها المصالح الضرورية ، وهي التى تتوقف عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة ، وبدون تلك المصالح لا تستقيم الحياة ، وهي تنحصر في خمسة أمور استهدفتها الشريعة الاسلامية بالحفظ ، وهى الدين والنفس والنسل والعقل والمال ، ولهذه المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل نوع منها ، فحفظ الدين يتحقق بالايمان وعقوبة المرتدين

(١) د . عبد الحي حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٥٤ وما بعدها .

الذين يتخذون آيات الله هزوا ولعبا ووسيلة للغش والتحايل ، ومثل هؤلاء لا ينبغي أن يجزع لهم أحد من ناحية العقوبة المقررة لهم ، كما يتحقق حفظ الدين بقتال المرتدين والمحاربين(١)، وحفظ النفس من الضرورات وهو يتحقق بما حتمه الشارع من أحكام تحفظ النفس في وجودها كما تحفظها في شرفها واعتبارها والحقوق المكفولة لها بحكم الكرامة الانسانية الممنوحة لها،بقول الله تعالى : " ولقد كرمنا بني آدم"(٢) وكذلك يتحقق حفظ النفس بضمان التعدى الواقع عليها كلا أو بعضا من خلال مشروعية القصاص والديات في النفس والاطراف ، وحفظ النسل يكون بالتشريع الذى يحمى أصل وجود الانسان مما يمس شرفه واعتباره كما شرع الاسلام النكاح وحرم السفاح ووضع العقوبة لمن يتعدى حدود الله ، وحفظ المال يكون بالتعامل فيه مع الناس على حسب ما قرره الشارع ، كنقل المال بعوض ،أو بغيره ، وحد السرقة وضمان المتلفات والغصب (٣)

وقد جاء في حجة الله البالغة للدهلوى : " اعلم أنه كان من شريعة من قبلنا شمول الحياة بكل أسباب الحماية من قصاص المعتدين عليها ورجم للزناة وقطع في السرقة ، وهذه أمور متوارثة في الشرائع السماوية ، واطبق عليها جماهير الأنبياء والأمم ومثل هذا يجب أن يؤخذ عليه بالنواجد ولا تترك (٤)

ولكن الشريعة المصطفوية تصرفت بنحو آخر فجعلت مزجرة كل مصلحة على مرحلتين :

---

(١) قواعد الأحكام ـ للعز بن عبد السلام ـ جـ ١ ـ ص ٥ .
(٢) سورة الاسراء ـ آية ٧٠ .
(٣) المرجع السابق ـ ص ٦ ـ والموافقات ـ للشاطبي ـ جـ ٢ ص ٨ وما بعدها .
(٤) حجة الله البالغة للدهلوى ـ جـ ٢ ص ١٥٨ .

احداهما : شديدة تتناسب مع المعصية الشديدة .

والثانية : دونها ، ومن حقها ان تجعل فيما كانت المعصية دونها ، ففي التعدى على النفس القود والدية ، والأصل فيه قوله تعالى : " ذلك تخفيف من ربكم ورحمة(١) " .

كما ان المحافظة على النسل تتمثل في المحافظة على النوع الانساني بحيث يكون كل مولود يتربى بين أبويه ويكون له كالشيئ يحميه ، وتلك المحافظة تقتضي تنظيم الزواج ومنع الاعتداء على الانسان في شرفه ، بل وتحرم قذف البريئات والبريئين بالزنا ، ومن أجل ذلك كانت عقوبة الزنا وعقوبة القذف وغيرهما من العقوبات التى وضعت الجرائم فيها اعتداء على النسل بأى طريق من طرق الاعتداء قريبة أو بعيدة (٢)

---

(١) المرجع السابق ، والآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

(٢) الخراج لأبي يوسف -ص ١٧٧ وما بعدها . وراجع في هذا المعنى: التشريع الجنائي الاسلامي -للاستاذ عبدالقادر عودة جـ ١ ص ٦٠٩ ، اعلام الموقعين -لابن القيم -جـ ٢ ص ٩٥ ، وما بعدها -دار الفكر - بيروت .

(المبحث الثاني)

خصائص الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

(المطلب الأول)

خصائص الضرر الأدبي في فقه القانون

١٠ — ويبدو من تعريف فقهاء القانون للضرر الأدبي ، انه ذلك النوع من الضرر الذى يأتي على حق من حقوق الانسان الأدبية واذا كانت الحقوق التى يمكن أن تثبت للانسان منها ما هو مالي ومنها ما هو غير مالى ، فان ما يخص موضوعنا هو الضرر الأدبي أو الضرر غير المالي ، ولذلك كان من خصائص هذا الضرر أنه يرد على حقوق ثابتة للانسان ، وأن هذه الحقوق حقوق غير مالية ونود أن نبرز هاتين السمتين للضرر الأدبي .

١١ — أولا : ورود الضرر على حقوق ثابتة للانسان :

فالانسان بحكم كونه انسانا تثبت له حقوق كثيرة ، منها ما هو مالى ومنها ما هو أدبي ، والحقوق الأدبية كثيرة منها مثلا حقوق الشخصية ، تلك الحقوق التى تكفل للشخص أن يستمتع بوجوده ، وبكل ما هو مرتبط بشخصيه ارتباطا لا انفصام له ، والغالب في هذه الحقوق ، انها ليست سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف في نفسه كيف شاء ، ولكنها حقوق موجهة نحو الغير يقصد بها الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده (١)

---

(١) د . عبدالحي حجازى — نظرية الحق في القانون المدني — ص ٢٤ .

ولقد كان فلاسفة القانون الطبيعي يطلقون على هذه الحقوق اسم الحقوق الطبيعية droit naturels أو الحقوق الثابتة في الانسان.
droit innés ، ولم يكن القانون الروماني يعرف الحقوق الأدبية التى تثبت للانسان ، باعتبارها طائفة من الحقوق قائمة بذاتها الا أن حماية هذه الحقوق كانت تتأدى عن طريق دعوى قصد بها حماية الشخصية بصفة عامة أى حماية الكيان الجسدى والروحي للانسان ، وكان يطلق على هذه الدعوى اسم دعوى الاعتداء iniuriam actio
أما في القانون الحديث ، فان الأمر على عكس ذلك ، اذ الملاحظ أنه بقدر ما تتقدم المدنية يزداد احترام شخصية الانسان ، وخصائصها الجوهرية مما أفضى الى الاعتراف بعدد كبير من الحقوق الأدبية للانسان مثال ذلك ما ذهبت اليه بعض القوانين ، كالقانون الارجنتيني في المادة (٢٣١٢) والقانون النمساوى الذى نص في المادة ١٦ منه على أن : كل انسان له حقوق طبيعية تنشأ من مجرد كونه انسانا.(١)

ورغم أن القانون الفرنسي مع كونه وليد الثورة والمبادئ الخالدة الموجودة في اعلان حقوق الانسان . الا انه لم يتكلم عن جانب كبير من الحقوق الأدبية التى تثبت للانسان وعلى الأخص حقوق الشخصية وحذت حذوه في ذلك كل الدول التى استمدت قوانينها من نهله ، ومنها القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٨٦٥ م ، والقانون المدني المصرى الصادر سنة ١٨٨٣ م ، ولكن القضاء استطاع أن يضع في طائفة الحقوق كثيرا مما أهمله التشريع ، واعترف للشخص بكثير من الحقوق الأدبية التى يستطيع مباشرتها في حرية دون أن يعوق استعمال الآخرين لحقوقهم .(٢)

أما القانون الايطالي الحديث الصادر سنة ١٩٤٢ م ، فنظم الكثير من الحقوق الأدبية للانسان ، وخاصة ما نص عليه في المادة

---

(١) د . عبدالحي حجازى — نظرية الحق في القانون المدني — ص ٢٥ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٥) منه ، على حق الانسان على بدنه ، والتصرفات التى لا يجوز للانسان أن يجريها عليه فقال انه : يمتنع على الشخص ان يقوم على بدنه بأعمال من شأنها أن تحدث نقصا دائما في كيانه ،أو تكون مخالفة للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب ، وكذلك نص في المادة (١٠) على حق الانسان في الا يعبث أحد بصورته أو بصورة والديه أو أبنائه القصر أو زوجته .

ولم يخل القانون المدني المصرى الجديد من النص على بعض تلك الحقوق الأدبية فذكر في المادة (٣٨) منه على أن لكل شخص اسما ولقبا ، وذكر في المادة (٥١) أن لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ،ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ونص في المادة (٤٤) على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية كما نص في المادة (٤٩) على أنه ليس لأحد النزول من حريته الشخصية ،أما المادة (٥٠) فقد ذكرت من الحقوق الأدبية حقوق الشخصية ، ونصت على حمايتها بقولها :" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ،وفي هذا الاطار يتبلور عدد كبير من الحقوق الأدبية التي تثبت للانسان مثل حقه في تمييز ذاته ، وحماية كيانه الأدبي والفكرى والبدني ، وحماية حرياته الشخصية ، وهذه كلها حقوق أدبية ثابتة له (١) .

معيار تمييز الضرر الأدبي :

١٢ ـ والضرر الأدبي كما سبق القول ، يندر أن يجيء مستقلا في مجال التعدى على الحقوق ، بل الغالب فيه أن يأتي ممتزجا مع غيره من الضرر المادى ، ولذلك حرص جانب من الفقه

---

(١) في هذا المعنى : المرجع نفسه ـ ص ٢٦ .

على محاولة لابراز المعيار الذى بمقتضاه يمكن التعرف على وجود الضرر الأدبي ، ليكون وجوده محددا .

والتمييز بين الضرر المادى والضرر الأدبي يمكن أن يرتكز على معيارين :

المعيار الأول : ينظر الى طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع الاعتداء عليها .

والمعيار الثاني : يأخذ بطبيعة النتائج أو الآثار المترتبة على هذا الاعتداء .

وطبقا للمعيار الأول : يكون الضرر ماديا اذا كان الحق ماليا (سواء كان حقا عينيا أم حقا شخصيا) ، أما اذا كان الحق غير مالي ، كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الاسرة فان الضرر يكون أدبيا (١)

وطبقا للمعيار الثاني : فان الضرر المادة يتمثل في الخسارة المالية التى تنتج عن المساس بحق أو مصلحة سواء أكان الحق أو المصلحة ماليا أم غير مالي ، وبعبارة أخرى يعتبر ضررا ماديا كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق ماليا أم غير مالي على نحو يترتب عليه تفويت مزية مالية تنتج لصاحب هذا الحق من استعماله أو يكبده تكاليف مالية ، أما الضرر الأدبي فهو الذى يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو نفسية أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه

---

(١) د . أحمد شرف الدين - فقرة ٩ ص ١٢ ، د . جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام - جـ ١ فقرة ٢٥٥ ص ٤٩٠ ، فقرة ٢٥٦ ص ٤٩٢ ، د . اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - جـ ١ - ص ٤١٦ ، د . عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - جـ ١ ص ٩٧٠ وما بعدها .

الانسان دون أن يسبب له خسارة ماليـــة (١).

وتطبيقا للمعيار الثاني : الذى يستند الى أثر الاعتـــداء فانه اذا حدث اعتداء على حق مالي ، ولم يترتب عليه انتقاص في المزايا المالية التى يخولها هذا الحق ، فان المساس به لا يعتبر ضررا ماديا ولكنه قد يترتب ضررا أدبيا اذا أصاب الشخص في عواطفه أو شعـــوره أو في غير ذلك من القيم التى يحرص الناس على المحافظة عليها (٢).

١٣ ـ وكذلك قد يقع الاعتداء على حق غير مالي ومع ذلـــك يعتبر الضرر ماديا متى ترتب على هذا الاعتداء الانتقاص من المزايـــا المالية التى تنتج عن استعمال هذا الحق ، فكل مساس بصحـــة الانسان وسلامة جسمه يعتبر ضررا ماديا اذا ترتبت عليه خسارة ماليـــة ، كالاصابة التى تقتضي نفقات للعلاج أو التي تفوت الكسب على المضرور ،

(١) د. أحمد شرف الدين ـ ص ١٣ ، د. سليمان مرقس ـ تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٨ س ١٨ ع ١ ص ٢٧٩ ، د. أحمد سلامة ـ مذكرات في نظرية الالتزام ـ الكتاب الأول ـ مصـــادر الالتزام فقرة ١٧٨ ص ٢٧٩ ، طبعة ١٩٧٥ م ، وقارن : د. محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٢٩ ، طبعة ١٩٧٦ ، حيث يرى لتحديد طبعه الضرر المادى : أن يكون ناشئا عن الاخلال بمصلحة مالية ويؤدى الى خسارة مالية.

(٢) د. أحمد سلامة ـ المرجع نفسه ، د. سليمان مرقس ـ المسئولية فقرة ٦٣ ، د. جمال زكي ـ السابق فقرة ٢١٤ ، د. محمد لبيب شنب . موجز المصادر غير الارادية ـ ص ٢٢ وما بعدها . د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٤٨٤ .

وهو ما كان يحصل عليه من مقابل مالي لعملــه (١) ·

ولما كان حق الانسان في سلامة جسده وحياته يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية أى يعتبر حقا غير مالي ،فان الضرر الذى ينتج مباشرة عن المساس به ، والذى يتمثل أساسا في العجز الجسدى ، يكون ضررا أدبيا وفقا للمعيار الأول ، ومع ذلك فان بعض الفقهاء قد اعتبروا هذا المساس ضررا ماديا ، وذلك تأسيسا على آثار الاعتداء التى تتمثل في نفقات العلاج بأنواعها المختلفة وما ينجم عنه من عجز في القدرة عن الكسب يعبر عنه بخسارة الأجر أو المصادر الأخرى للربح (١) .

فاتلاف عضو او احداث جرح أو اصابة الجسم أو العقل بأى أذى يعتبر ضررا ماديا اذا أدى الى انتقاص قدرة الشخص على الكسب أو تكبيده نفقات مثل نفقات العلاج ، وهكذا يترتب على الضرر الأصلي حدوث أضرار تمس الشخص في ذمته المالية ، وهذه الاضرار تعتبر نتائج غير مباشرة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم أو الحياة ، ومن هذا يتضح أن الضرر المادى قد يصيب المال عن طريق المساس به مباشرة أو عن طريق الحقوق الأدبية للانسان (٢) .

كذلك يترتب على الضرر المباشر المتمثل في المساس بالحق الأدبي الحاصل من مقوطات الحياة للانسان ،آثار غير مالية تتمثل في الألم الجسماني الذى يعاني منه المضرور وفي الألم النفسي الذى

---

(١) د . عبدالحي حجازى ـ مذكرات في نظرية الحق ـ ص ٥٤ وما بعدها ـ ١٩٥١ م ، د . جمال زكي ـ السابق ـ فقرة ٢٥٥ ـ ص ٤٩١ .

(٢) د . سليمان مرقس ـ تعليقات على الأحكام ـ ص ١٢٩ ، د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٤ .

قد يحسه من جراء ما نتج عن الاصابة من تشويه (١) ، ومن ثم يكون الاعتداء على حق الانسان في مقومات حياته وشرفه واعتباره ضررا أدبيا يشمله التعويض ويمثل مظهرا من مظاهر ارتقاء شخص الانسان ، والمقصود من اقرار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو حماية المميزات التى يملكها الانسان على جسمه (٢) .

وعلى ضوء ما سبق فانه يمكن القول أن فقه القانون الوضعي قد استقر على أن الضرر الأدبي يتمثل في ذلك النوع من الضرر الذى لا يصيب الانسان في حق مالي أو مصلحة مادية ، بل هو الذى يصيب الانسان في مصلحة غير مالية (٣) ، فيشمل كل الم يصيب الشخص سواء كان الما جسمانيا أو نفسيا ترتب على المساس بعاطفته ، أو كرامته أو أى معنى من المعاني التي يحرص عليها الناس ، بل لقد تعتبر المضايقة ان لم تكن تافهة ضررا أدبيا واجب التعويض (٤) .

---

(١) د . جمال زكي . المرجع نفسه ، د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه ، د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه ، د . السنهورى الوسيط - جـ ١ فقرة ٥٧٧ ، د . محمد كامل مرسي - الالتزام جـ ٢ فقرة ٥١ ، د . أنور سلطان - مصادر الالتزام - فقرة ٤٥٤ ، د . عبدالمنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام - فقرة ٤٦٨ ، د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٣٨٩ ، د . نعمان جمعة دروس في الواقعة القانونية - ص ٥٣ .

(٢) Savatire (R): Les Me´tomorphoses economique et sosiales du droit prive´ d'a au jourd'hui, T, 3. Paris , 1957 , P.P. 15 - 20 .

(٣) د . عبدالرزاق السنهورى - السابق - ص ٨٦٤ ، د . عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٥٩٠ ، د . عبدالرازق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - المصادر غير الارادية - ص ٦٧ ، طبعة جامعة الملك سعود .

(٤) د . اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - جـ ٢ ص ٦٣- طبعة ١٩٦٧ م .

وأمثلة الضرر الأدبي كثيرة ، وهي عديدة في نقل الاشخاص بصفة خاصة ، فاذا اصيب الراكب أثناء النقل وجب تعويضه فضلا عما أصابه من ضرر مادى عن الآلام الجسمانية التى سببها له الحادث واذا ترتب على اخلال امين النقل بالتزامه أن تأخر الراكب عن الموعد المحدد لجنازة شخص عزيز عليه ، كان له الحق في التعويض عما سببه له ذلك من ألم نفسي ، بل لقد قضى بالتعويض للراكب عن عدم ايجاد محل له في الدرجة التى يحمل تذكرتها ، واضطراره الى الجلوس في درجة أدنى ، وعما تسببه له توقف القطار أثناء السفر من تعب ومضايقة .

ومن صور الضرر الأدبي ما قد يصيب المريض من آلام جسمانية بسبب اهمال الطبيب في العلاج ، وما قد يصيبه من ألم نفسى نتيجة للتشوه المترتب على هذا الاهمال . وبصفة خاصة ان كان المريض من النساء ، وقد يفشي الطبيب سرا للمريض فيصيبه بضرر في سمعته ، واذا اتفق مؤلف على نشر كتاب التزم الناشر بالا يحدث أى تغيير فيه احتراما لما للمؤلف من حق أدبي على مصنفه ، فاذا أخل بالتزامه الزم بتعويض المؤلف عما اصابه من ضرر أدبي ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر من تغييرات أى ضرر مادى ، بل ولو زاد الكتاب رواجا بسببها (١)

ان حماية حقوق الانسان الأدبية ، لا تقل عن حق الانسان في حماية الحياة ذاتها وان من مآثر العصر الحديث انه قد ضمن حدا أدنى من الاحترام للانسان يجب توافره له ، وحمايته مما ينال منه .

ويحصل الاخلال بالحقوق الأدبية للانسان من خلال التعدى عليها ، فمثلا حق الانسان في تمييز ذاته يمكن أن يرد عليه الاعتداء بانتحال الاسم ، وحق الانسان في حماية كيانه الأدبي يمكن أن يرد التعدى عليه بالحط من قدر الانسان أو بتعريضه لاحتقار الناس وازدرائهم ، كأن يقال عنه : إنه على شفا الافلاس أو انه فاعل اصلى

---

(١) د . اسماعيل غانم – في النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ٦٣ ، طبعة ١٩٦٧ م .

أو شريك في جريمة أو تنسب اليه أعمال مزرية ،كأن يقال عنه انه سكير، أو يهمل في أداء واجبه أو يعزى الى طبيب موت أحد عملائه ،أو الى محام خسارة دعوى (١) .

كما يحصل حماية هذه الحقوق بتعويض الأضرار الأدبية التى لحقت بالانسان من جراء التعدى على حقوقه الأدبية ،وبالنص على ازالة العمل الضار كما سنرى

١٤- ثانيا : الحقوق الأدبية لا تقوم بالمال :

ويقرر فقه القانون عادة أن الحقوق الأدبية التي هي محل التعدى في الضرر الأدبي ليست حقوقا مالية ،كما أنها ليست أموالا ، ومن ثم فانها لا يمكن أن تقاس بالمقياس المشترك الذى تقاس به الأموال وهو النقود (٢) .

.. وهذا القول محل نظر ، فليس معنى أن الاعتداء على هذه الحقوق لا يصلح أن يستحق عنه تعويض مالي بحسب الأصل ، فالاعتداء عليها قد ينطوى على نيل من ضرر مالي مباشر ، وذلك في الصور التي يوجد الضرر الأدبي فيها ممتزجا بالضرر المالي ، وذلك كما في الاعتداء على حق المؤلف مثلا ،كما قد ينطوى الاعتداء فيها على ضرر مادى غير مباشر ،كما في حالة الاعتداء على الكيان الجسدى للشخص . في هذه الحالات ،لا جدال في وجوب الالتزام باصلاح الضرر ،ولكن الغالب أن يترتب على الاعتداء على الحقوق

---

(١) د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٤١ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - الفعل الضار، ص ١٥٥ ،وما بعدها . طبعة ١٩٨٨ ،د . السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٦ . د . عبدالحى حجازى - مصادر الالتزام - ص ٤٧٢ - طبعة ١٩٥٤ مكتبة نهضة مصر بالفجالة ، والاستاذين حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسئولية المدنية - ص ٢٤٤ ،وما بعدها .

الأدبية ضرر غير مالى أو أدبي . الذى هو عبارة عما يصيب النفس من ألم وحزن ، والذى كان يوجد خلافا في الفقه والقضاء حول ما اذا كان يمكن التعويض منه بالمال أم لا ، ولقد كان الاعتراض الرئيسى عند نفاة التعويض عن الضرر الأدبي هو استحالة التعادل بين الضرر الحاصل والتعويض المطلوب ، ولما كان هذا التعادل هو الشرط الرئيسي في كل تعويض مدني لزم الا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي لأنه غير مالي أصلا ، ولا يمكن تقويمه بالنقود (١).

ولكن هذا الاعتراض مردود ، لما هو معروف من أن التعادل بين الضرر والتعويض ليس معناه المساواة بينهما ، فعندما يقال : أن التعويض يجب أن يعادل الضرر ، فليس معنى ذلك أن التعويض يجب أن يساوى الضرر ، فالتعادل الحسابي الكامل بين التعويض والضرر ليس ممكنا حتى في الأضرار المباشرة ، والحاصل أن يقدر التعويض دائما بالتقريب ، صحيح أن هذا التقدير التقريبي أسهل في الاضرار المادية منه في الأضرار الأدبية ، حيث يستبدل بالمال الذى هلك أو نقص مال آخر من نفس الطبيعة المادية ، ولكن هذا لا يمنع من امكان حصول التقدير التقريبي في حالة الضرر الأدبي (٢) .

ان الضرر الأدبي معناه انعدام أو نقص منفعة أدبية ، انعدام سرور وزوال سعادة ، حدوث ألم وحزن ، ومن ثم يجب أن يكون التعويض من شيء يجلب شعورا سارا يترتب عليه بعض السلوى والعزاء . وان كان لا يمكن أن يمحو آثار الالم الحاصل ، ولما كان المقياس المشترك للقيم هو النقود ، وجب أن يعطى للمضرور مبلغا من المال ، لا على أنه معادل في الكم والكيف للسعادة الزائلة ، ولكن باعتباره وسيلة للتخفيف من الألم الذى حاق به ، وهذا هو الذى أخذ به القانون المدني المصرى الجديد اذ نص على أن التعويض يشمل الضرر المادى

---

(١) د . عبدالحي حجازى ـ نظرية الحق ـ ص ٤٥ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

والأدبي (المواد ١٧٠، ٢٢١، ٢٢٢) وبهذا يمكن القول : بأن الوقت قد حان ليوحد القضاء أحكامه في هذا الصدد على هدى النص الجديد (مادة ٢٢٢) ،الذى لم يكن له مقابل في التقنين المدني السابق (١)٠

١٥ — ما يترتب على عدم مالية الحقوق الأدبية أصالة :

واذا كان الأصل أن الحقوق الأدبية التى ينال منها الضرر الأدبي ليست من قبيل الأموال اصلا ، وان كان هذا لا يمنع من ورود تعويضها بالمال -كما سبق -فقد ترتب على هذه السمة أمران :

١٦ — أولهما : عدم قابليتها للتصرف أو الانتقال الى الورثة :

حيث أن الحق اذا كان أصلا غير مالي فانه لا ينتقل الى الورثة ، لأن الذى ينتقل الى الورثة من الحقوق ،هي الحقوق المالية ، لكن هذا القول ليس على اطلاقه بالنسبة للحقوق الأدبية لما هو معروف أنها تتضمن في طياتها حقوقا مالية ،واذا لم تكن تتضمن في طياتها حقوقا مالية ، فانه على الأقل تئول الى مال بالتعويض عنها ، ومن ثم كان القول بعدم امكان التصرف فيها وعدم امكان انتقالها الى الورثة ليس مسلما به على اطلاقه .

ان لاعضاء عائلة المتوفى مثلا اذا اعتدى على حقوق شخصيته ، الحق في أن يرفعوا دعوى ضد المعتدى ، بصفتهم مضرورين شخصيا من تعدى الغير على حق مورثهم الأدبي ، فلو أن شخصا اغتصب اسمه ، يكون لهم أن يقاضوه لا بصفتهم ورثة ،فان الحق الأدبي لا ينتقل اليهم بالوراثة ،ولكن للحوق الضرر بهم بصفة شخصية ، فهم يرفعون الدعوى باعتبارهم أصحاب حقوق خاصة بهم شخصيا (٢).

---

(١) د . عبدالحى حجازى -السابق -ص ٤٦ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

واذا كان الاصل أن للانسان حقا شخصيا في سلامة جسده بعصمه من اعتداء الغير عليه ، وان حق السلامة هذا حق غير مالي ، فليس معنى ذلك مصادره جميع أنواع التصرفات الواردة عليه ، بدليل أن هناك عددا من العقود غير قليل تعتبر صحيحة ، رغم أن الشخص بمقتضاها يتصرف في جسمه بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما في عقد الرضاعة أو عقد العمل ، أو عقد السيرك مثلا (١) .

ولهذا الاعتبار قيدت بعض القوانين حق الانسان في ممارسة التصرفات على حقوقه المقررة له كانسان له الحق في سلامة جسده ، ومنها القانون الايطالي الذى حرم على الشخص أن يتصرف في جسمه تصرفا يعقب نقصا مستديما في كيانه الجسدى ، أو يكون مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للعادات الحسنة (م ٥) وبهذا لا تكون تصرفات الشخص الواردة على جسمه صحيحة — وفقا للقانون الايطالي — الا بتوافر شرطين :

١٧ — <u>الأول : الا يترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدى :</u>

وهذا الشرط يقدم للمفسر ضابطا دقيقا للفصل بين ما يحل وما يحرم من التصرفات التي يجريها الشخص على جسده ، تأكيدا على أن سلامة الجسد هي شرط جوهرى لامكان قيام الشخص بواجباته نحو الجماعة والعائلة ، وتأكيدا على أنه لا يجوز الاعتراف بأى حق للفرد الا في حدود صالح الجماعة .

١٨ — <u>الثاني : ألا تكون هذه التصرفات مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب :</u>

وهذا الشرط لا يغني عنه الشرط الأول ، فهناك تصرفات لا يترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدى للشخص ، ولكنها تكون مخالفة للقانون ، كان يؤجر شخص لآخر خدماته طوال حياته (٢)

---

(١) د . عبدالحى حجازى — السابق — ص ٣٧ .

(٢) المرجع السابق — ص ٣٨ ، وراجع د . حمدى عبدالرحمن — فكرة الحق — ص ٤٥ .

ويترتب على كون حق الشخص على جسده ليس حقا مطلقـــا ، أنه لا يجوز للشخص أن يقتل نفسه ، فالانتحار أمر يحرمه الاسلام ، كما يحرمه القانون وأن كان لا يعتبره جريمة ، كما لا يجوز للشخص أن ينقص كيانه الجسدى ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يترتب على تنفيذه حرمان أحد المتعاقدين على سبيل الدوام من أحد عناصر جسمه ، كما لـــو أصيب رجل بالعقم لكبر سنه ، فاتفق مع شاب على أن يتنازل له عـــن غدة تناسلية مقابل مبلغ من المال ، مثل هذا الاتفاق يقع باطـــلا ، كذلك يقع باطلا تنازل شخص عن احدى عينيــــه .

لكن يجوز للشخص أن يتصرف في جزء من دمه لمصلحة شخـــص آخر ، على نحو ما شاع في هذه الأيام ، وهذا عمل نبيل وجائـــز قانونا ، لأن الدم سائل يتجدد يوميا ولا يترتب على التنازل على بعضه الاضر ر طفيف لا يؤثر في الوظائف العادية للجسم ، ومع ذلك فـــان أخذ دم من شخص كرها ولو لانقاذ شخص آخر يعتبر تعديا يترتـــب عليه وجوب اصلاح الضرر ، ليس المادى فحسب ، بل وكذلك اصـــلاح الضرر الأدبي الناشيء عن التعدى على حق الشخص في سلامة جسمـــه وهو يعتبر من حقوقه الأدبيـــة (١)

خلاصة القول : إن هناك تطورا قد حدث في مجال النظـرة الى الحقوق الأدبيـــة ، كما حدث بالنسبة لحق الانسان فـــــي معصومية جسده ، بدأ الانسان من خلالها يتعامل مع هذه الحقـوق بما يتضمن خروجا على الاطلاق في تقدير المعصومية (٢) .

ورغم هذه التطورات فان مبدأ حرمة التعامل في تلك الحقـــوق ما زال قائما الى مدى بعيد ، ولم تؤد التطورات الاجتماعية والعلمية والطبية المعاصرة الا الى تقرير بعض الاستثناءات على المبدأ المذكـــور لأسباب قد تقتضيها المصلحة العامة على نحو ما نصت عليه المـــادة (٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية) ، على أنه لا يجوز اجـراء أى

---

(١) د . عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٣٩ .

(٢) د . حمدى عبدالرحمن ـ السابق ـ ص ٤٥ .

تجارب طبية أو علمية على أى انسان بغير رضائه الحر (١) وكما في استيفاء احراءات التحقيق (٢) ، فان مصلحة التصرف على الكيان الجسدى في تلك الحالة مما تقتضيه المصلحة العامة .

ثانيهما : عدم قابليتها للسقوط بالتقادم :

١٩ — كما يترتب على عدم مالية هذه الحقوق بحسب الأصل ، انها لا تقبل السقوط بالتقادم فمثلا حق الانسان في تمييز ذاته يعتبر حقا من حقوقه اللصيقة بشخصه ، ومن ثم لا يقبل السقوط بالتقادم فاذا سكت شخص عن استعمال حقه الأدبي مدة طويلة لا يترتب على ذلك سقوط هذا الحق بالتقادم (٣) .

---

(١) المرجع السابق — ص ٥٤ ، وراجع : د . أحمد شرف الدين — الاحكام الشرعية للأعمال الطبية — ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) يلاحظ أن القانون قد يبيح تحليل الدم للحصول على دليل كما هو الحال بالنسبة لمرسوم ١٨ يناير سنة ١٩٥٥ في فرنسا ، والذى يجيز تحليل دم السائق عقب حادث المرور اذا اشتبه أنه يقود السيارة وهو في حالة سكر ، المرجع السابق — ص ٦١ هامش (٢) وراجع في هذا المعنى : د . أحمد سلامة — المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثاني — فقرة ١٠١ وما بعدها — طبعة ١٩٥٩ م . د . اسماعيل غانم — محاضرات في النظرية العامة للحق — ص ٢١ وما بعدها — طبعة ١٩٥٨ م ، د . توفيق فرج — المدخل للعلوم القانونية — ص ٤٧١ وما بعدها طبعة ١٩٧٦ م .

(٣) د . عبدالحي حجازى — السابق — ص ٤٦ .

(المطلب الثاني)

خصائص الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٢٠ ـ واذا كان من الممكن أن نرجع المصالح التى اضيرت من جراء الضرر الأدبي وفقا لما هو مقرر في فقه القانون ، الى حق الانسان في سلامة جسده وحقه في حماية شرفه واعتباره وسمعته ، وحقه في عدم المساس بعواطفه وحقه في عدم التعدى على حق ثابت له كحقه في تمييز ذاته ، وحماية خصوصيات حياته .

وهذه الحقوق التى تعتبر محلا للضرر الأدبي تمثل مصالح مستقرة لأصحابها والتشريع الاسلامي يقررها ، حيث أثبت الشارع مثل تلك الحقوق لأصحابها ومن ثم كانت داخلة ضمن المصالح التي اعتبرتها الشريعة الاسلامية وقررت لها كل أسباب الحفظ والرعاية تقديرا لها وحفظا لوجودها .

ومن ثم تتسم هذه الحقوق بثلاث خصائص :

٢١ ـ الأولى : أنها تمثل حقوقا لأصحابها :

أى ان تلك المصالح تمثل نوعا من الحقوق المقررة شرعا ، وان هذه الحقوق ثابتة لأصحابها بمقتضى النصوص الواردة في كتاب الله تعالى . وسنة نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ واجماع علماء أمته ، واذا كان من ضمن تلك الحقوق حماية النفس من التعدى عليها بما قد ينال منها على سبيل الكلية بالقتل أو البعضية بالجرح والضرب ، فان ذلك مما يحرمه الله ـ عز وجل ـ ، كما يعاقب عليه بما يحفظه ويمنع من التعدى عليه ، والآيات في هذا المعنى كثيرة ، منها قول الله تعالى : " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق ، ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورا " (١)

---

(١) سورة الاسراء ـ الآية ٣٣ .

حيث دلت الآية الكريمة على تحريم قتل النفس مطلقا ، اذا كان هذا القتل بغير حق ، وتحريم قتل النفس من أقوى أسباب حفظها ، ومن ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : "اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله : وما هي ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات" (١)

وقد جاء فيما رواه عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأني رسول الله الا باحدى ثلاث : الثيب ، الزاني والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة " (٢) ، وقد شدد الرسول - صلى الله عليه وسلم - في حرمة الدماء ، وأبرز في أحاديثه عظم شأنها ، ومن ذلك ما رواه عبدالله بن مسعود أيضا أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : "أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء " ، متفق عليه (٣) ، فالحديث يدل على عظم شأن الدماء حيث لا يقدم في القضاء الا الأهم .

٢٢ - واذا كانت الأدلة السابقة تدل على حرمة التعدى على النفس ، فقد دلت الدلائل من كتاب الله تعالى وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - على تحريم التعدى على أبعاض النفس بالضرب أو الجرح ، ومن ذلك قول الله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن

---

(١) الحديث رواه الامامان البخارى ومسلم ، راجع : شرح السنة للبغوى - ج ١ - ص ٩١ - طبعة مجمع البحوث الاسلامية .

(٢) الحديث متفق عليه ، راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٤٣٩ - مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٤٠ .

النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فأولئك هم الظالمون " (١) ، والآية الكريمة تضع سياجا من الحماية للنفس في أبعاضها واطرافها من خلال تقرير عقوبة القصاص للتعدى على ما دون النفس ، طالما كان القصاص ممكنا فيها ، وذلك أدعى لحمايتها ، فاذا لم يكن القصاص ممكنا لعدم امكانه ، فان الضمان يتحول الى الدية ، والدية قد تجب كاملة اذا أتت على منفعة في جسم الانسان بالكمال ، وذلك كالسمع والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد والكلام ، فاذهاب هذه المعاني يجب به دية النفس كاملة (٢) فاذا اسفر التعدى عن اتلاف عضو في البدن منه اثنان كاليدين والرجلين والأذنين ، ففي قطع أحدهما نصف الدية ، وان كان في البدن منه أربع كمنابت الأهداب، ففي تلف احداها ربع الدية ، وان كان في البدن منه عشرة أعضاء كالاصابع ففي تلف احدها عشر الدية وهكذا ، وقد ورد النص على ذلك من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه عمرو بن حزم مرفوعا : " وفي الشفتين الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية ، وفي دية أصابع اليدين والرجلين عشرة من الابل لكل اصبع (٣) .

وقد حرم الانسان التعدى على شرف الانسان واعتباره ، وذلك من خلال رميه بما يمس شرفه وعرضه ، والرمى بما يمس الشرف والعرض، قد يتخذ شكل جريمة حدية يعاقب عليها حدا ، وذلك على نحو

---

(١) سورة المائدة - آية ٤٥ .

(٢) راجع في تفصيل هذا الموضوع : عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - جـ ٢ - ص ٢٦ وما بعدها .

(٣) الحديث صحيح أخرجه أبو داود والنسائي والدارمي والبيهقى وأحمد ، راجع : ارواء الغليل - للألباني - جـ ٧ ص ٣١٥ ، وما بعدها .

ما أرشد القرآن الكريم بقول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم " (١) ، حيث قررت الآيتان عقاب من يرمى المحصنات العفيفات بما ينال من شرفهن ، وتقرير العقاب يدل على تحريم المعاقب عليه . كما توعد الله عز وجل من يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا بالعذاب الاليم في الدنيا والآخرة ، بقوله تعالى تعالى:" ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون "(٢) .

وقد أكدت هذا المعنى سنة النبي – صلى الله عليه وسلم – فيما روته عائشة – رضي الله عنها – ، قالت : " لما نزل عندى ، قام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ، فذكر ذلك وتلا القرآن من قوله تعالى : " ان الذين جاءوا بالافك .. الآية (٣) الى آخر ثماني فضربوا الحد " (٤) ، واذا كانت تلك الأدلة واضحة الدلالة في حماية العرض والشرف من أن تلوكه السن السوء بالقذف ، فان الله تبارك وتعالى قد حرم الغيبة ، وهي ذكر المرء بما يكره . كما جاء في الحديث عن النبي – صلى الله عليه وسلم – حين قال : " أتدرون ما الغيبة ؟ ، قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : " ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : افرأيت ان كان في أخى ما أقول ؟ ، قال :

---

(١) سورة النور – الآيتان ٤ ، ٥ .

(٢) سورة النور – آية ١٩ .

(٣) سورة النور – آية ١١ .

(٤) أخرجه أحمد والأربعة ، واشار اليه البخارى ، والرجلان اللذان أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بضربهما هما : عبدالله بن أبي ، ومسطح بن أثاثه ، وقيل : حسان بن ثابت ومسطح ، والمرأة هي حمنه بنت جحش ، راجع : سبل السلام – للصنعاني – جـ ٤ – ص ٣٣ ، وفتح القدير – للشوكاني – جـ ٤ ص ١٢ ، ١٣ ، حيث رجح ان الرجلين هما : حسان ومسطح ، ولم يحك عن أحد حدا لعبدالله بن أبي .

ان كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وان لم يكن فيه ما تقول فقد بهته "(١) وقد نهى الله عز وجل عن الغيبة بقوله تعالى : " ولا يغتب بعضكم بعضا ايحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ، ان الله تواب رحيم " (٢) ، كما نهى المسلم عن السخرية من غيره لما تنطوى عليه تلك المخالفة من نيل بالسمعة الأدبية والمكانة الاجتماعية فقال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاثم الفسوق بعد الايمان ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون " (٣) .

والواقع أن هذه الأدلة تبرز مدى حق الانسان في حماية حياته من أن تمس في وجودها ، أو ينال منها في شرفها واعتبارها ووجه اعتبارها حقوقا للانسان ما تواترت عليه أقوال الفقهاء في التعريف بالحق .

٢٣ — معنى كون تلك المصالح حقوقا لاصحابها :

ومعنى كون تلك المصالح حقوقا لأصحابها ، أن الشارع قد أثبتها لهم بمقتضى الأدلة السابقة ، ذلك أن الحق يعرف في اصطلاح الفقهاء بأنه : " أمر الله ونهيه ، أى نفس الخطاب أو الأمر بما يفيد أن الحق هو الحكم " (٤) ، ويلاحظ من خلال استقراء ما قرره الفقهاء لتعريف الحق ، ان أقوالهم فيه يمكن ارجاعها الى ثلاثة معان كلها تبرز تقرير الشارع له كخاصية فيه وسمة من سماته .

---

(١) رواه أبو هريرة — رضي الله عنه — وأخرجه الامام مسلم ، راجع سبل السلام للصنعاني — جـ ٤ ص ٣٧٩ ، وما بعدها .
(٢) سورة الحجرات — آية ١٢ .
(٣) سورة الحجرات — آية ١١ .
(٤) الفروق للقرافي — جـ ١ ص ٤٠ وما بعدها .

٢٤ — المعنى الأول للحق : أنه مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع يقررها الشرع الحكيم (١) ، أو هو مصلحة مستحقة شرعا (٢) ، أو هو مصلحة يقررها الشرع لشخص على سبيل الاختصاص ويقرر لها الحماية (٣) ، وهذه التعريفات وإن اختلفت في صياغتها الا أنها تتفق على معنى المصلحة في الحق ، وانها تتقرر بناء على أمر الشارع (٤) .

٢٥ — المعنى الثاني للحق : يبرز فيه معنى الاختصاص، حيث يعرف بأنه :" اختصاص يقربه الشرع سلطة "(٥) ، أو هو اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليفا لله على عباده أو لشخص على غيره "(٦) ، أو هو اختصاص ، يقربه الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة (٧) ، فالتعريفات الثلاثة تبرز معنى الاختصاص ، كما تبرز مصدر اعتبار ذلك الاختصاص وهو نص الشارع.

٢٦ — المعنى الثالث للحق : يظهر معنى الثبوت والوجوب : وذلك على نحو ما عرفه به بعض الفقهاء فقال : " انه المكنة التي

---

(١) د . محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي - ص ٢١١

(٢) الشيخ على الخفيف - بحث له منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون - ١٩٥٠ - العددان ٣ ، ٤ ، ص ٩٨ .

(٣) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى - المدخل للفقه الاسلامي - ص٣٠٤ ، وما بعدها .

(٤) د . محمد الحسني حنفي - المدخل لدراسة الفقه - ص ٣٠٦ .

(٥) د . مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - ص ١٣ .

(٦) د . عبدالسلام العبادى - الملكية في الشريعة الاسلامية - القسم الأول - ص ١٠٣ ، مكتبة الاقصى - عمان .

(٧) د . فتحى الدريني - الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده - ص ١٩٣ .

تثبت لصاحبها شرعا لتحقيق غرض معين " (١) ، أو هو ما ثبت باقرار الشارع ، واضفى عليه حمايته" (٢) ، أو هو : " ما ثبت في الشرع للانسان أو لله تعالى على غيره " (٣) ، أو هو : " صفة شرعية بها يقتدر الانسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفا مشروعا " (٤) .

ويبدو من خلال استقراء تعريفات الفقهاء للحق أنه مصلحة أو اختصاص ، وأنه لا يكون حقا الا بوصف الشارع وتقريره ، واذا كانت الحقوق الأدبية المشار اليها ثابتة بنصوص الشارع كما رأينا ، تكون حقوقا محترمة ، وفقا لما يقرره الفقهاء .

٢٧ — الثاني : انها تقوم على تغليب جانب العبد :

وهذه السمة من سمات الحقوق التى تضار بالضرر الأدبي ، تقوم على أساس أن الحقوق المشار اليها مشتركة بين حق الله والعبد وحق العبد فيها غالب ، ذلك أن الفقهاء وهم بصدد بيان أصحاب الحقوق ، قسموا الحقوق باعتبار من تثبت لهم الى حقوق لله خالصة ، وحقوق للعباد خالصة ، وحقوق مشتركة بين حق الله وحق العبد ، وقد يغلب فيها جانب حق الله ، كما قد يغلب فيها جانب حق العبد (٥)

---

(١) الشيخ على الخفيف — المرجع السابق — ص ٩٨ وما بعدها .

(٢) الشيخ على الخفيف — الملكية — جـ ١ — ص ٢ .

(٣) الشيخ أحمد فهمي أبو سنة — نظرية الحق — كتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع للمجلس الأعلى للشئون الاسلامية ص ١٧٥ وما بعدها ، حيث يقرر : ان اذن الشارع ركن من اركان الحق .

(٤) الشيخ أحمد أبو الفتح — المعاملات في الشريعة الاسلامية — جـ ١ ص ٣٠ ، ويؤخذ على هذا التعريف أنه قاصر على الحقوق المالية التي تثبت للانسان فقط .

(٥) التلويح على التوضيح — جـ ٢ — ص ١٥١ وما بعدها .

٢٨ — أما حق الله الخالص : فانه يطلق على كل ما يتعلق به النفع العام للأمة ، من غير أن يختص بأفراد دون غيرهم ، أو بأقوام دون غيرهم ، وفي نسبة الحق لله عز وجل تعظيم له ، وبيان لخطره وعموم نفعه ، لا لأن الله تعالى ينتفع به، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ، فلا يجوز أن يكون شيء حقا له بهذا الوجه ، بل الاضافة الى الله تعالى لتشريف ما قوى خطره ، وعظم نفعه ، وشاع فضله بأن ينتفع به جميع الناس (١) ، ومن أمثلة هذا الحق العبادات المحضة كالايمان وفروعه ، من صلاة وزكاة وصيام وحج وعمرة وجهاد (٢) .

٢٩ — وأما حقوق العباد الخالصة : فهي التى يقصد بها ما يتعلق به مصلحة خاصة ، كحرمة مال الغير ، وكبدل المتلفات ، والغصوب ، وأثمان المبيعات الى غير ذلك من مصالح العباد الخاصة في الدنيا(٣)، فحق العبد الخالص هو ما يترتب عليه مصلحة للانسان وقد وضع الفقهاء معيارا للتفرقة بين الحقين ، فذكروا أن حق العبد هو الذى يسقط باسقاطه ، فكل حق يكون للعبد اسقاطه يدخل ضمن حقوق العبد وذلك كالديون ، واثمان المبيعات ، وكل حق لا يملك العبد اسقاطه ، يكون حقا لله كالعبادات .

ويرى شهاب الدين القرافي أن التفرقة التامة بين حق الله وحق العبد غير حاصلة لأنه لا يوجد حق للعبد الا وفيه حق لله تعالى ، يتمثل في أمره عز وجل بايصال الحق الى مستحقه ، فلا يوجد حق للعبد الا وفيه حق لله ، أما حق الله تعالى فانه يوجد دون حق العبد (٤) .

---

(١) كشف الاسرار — لعبد العزيز البخارى — جـ ٤ ص ١٢٥٥ .
(٢) التقرير والتحبير — لابن أمير الحاج — جـ ٢ ص ١٠٤ ، وما بعدها ، وكشف الاسرار جـ ٤ — ص ١٢٥٨ وما بعدها ، والتلويح على التوضيح — جـ ٢ ص ١٥٢ ، وما بعدها .
(٣) كشف الاسرار — جـ ٤ ص ١٢٧٨ ، والفروق للقرافي — جـ ١ — ص ١٤١ ، ومرآة الاصول — لمنلا خسرو — جـ ٢ — ص ٤٢٨ ، والموافقات للشاطبي — جـ ٢ ص ٣١٨ .
(٤) الفروق — للقرافي — جـ ١ ص ١٤١ .

ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى وضع معيار آخر للتفرقة بين الحقين حاصله ، أن حق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود ، والزكوات، والكفارات ، ونحوها ، وأما حق العبد فهو الذى يقبل الصلح والاسقاط والمعاوضة عليه (١) .

٣٠ ـ وأما الحقوق المشتركة بين حق الله وحق العبد : وهذا النوع من الحقوق ، يأخذ المسمى الذى يغلب فيه جانب أحد الحقين فان كان الغالب فيه حق العبد سمى حقا للعبد ، وان كان الغالب فيه حق الله سمى الحق حق الله تعالى ، ولهذا فان هذا الحق يتنوع الى نوعين :

٣١ ـ أولهما : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب :

وقد مثل له الحنفية بحد القذف ، وقالوا : ان فيه حقا لله تعالى ، لأنه شرع للزجر ، وفيه حق للعبد لأن فيه دفعا للعار الواقع عليه من القذف ، فهذا دليل على أن فيه حقا للعبد ، كما أن فيه حقا لله بدليل وجوب الحد به ، الا أن حق الله غالب، لأن النفع فيه عام اذ انه يؤدى الى درء الأذى عن المسلمين وحماية اعراضهم وشرفهم (٢)

---

(١) اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ جـ ١ ص ١٠٨ ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ببيروت .

(٢) التقرير والتحبير ـ جـ ٢ ص ١١١ ، وفتح القدير ـ جـ ٤ ص ١٩٤ ، وبدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٥٦ ، والمبسوط للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١٢ ، وما ذهب اليه الحنفية قال به الامام مالك في احدى الروايات عنه ، راجع : بداية المجتهد جـ ٢ ـ ص ٤٣٣ ، والمنتقى على الموطأ ـ جـ ٧ ـ ص ١٤٨ ، والفروق للقرافي ـ جـ ١٠ ـ ص ١٤١ .

ولكون حق الله غالب فيه ، فانه لا يصح عند القائلين بذلك أن يسقط حد القذف عن القاذف بالعفو عنه ، وحتى لو اسقطه العبد فانه لا يسقط باسقاطه اذ لا مدخل فيه لاسقاط العبد ، وقد سبق تقرير ذلك (١) ، كما أنه ليس للمقذوف أن يقيم الحد على القاذف بنفسه ، وانما الذى يتولى اقامته هو الامام السلطان باعتباره نائبا عن الله تعالى في استيفاء حقوقه المترتبة على العباد (٢) .

وقد ذهب الشافعية والحنابلة والمشهور عن المالكية الى تغليب جانب حق العبد ، في حد القذف ، واستدلوا لما ذهبوا اليه بالسنة والمعقول :

٢٢ ـ أما السنة :

فبما روى عن أنس ـ رضي الله عنه ـ أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم ، كان اذا أصبح يقول : اللهم أني تصدقت بعرضى على عبادك " (٣)

وجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد مدح أبا ضمضم على التصدق بعرضه ، والمدح على التصدق لا يكون الا اذا وقع على ما هو حقه (٤) .

---

(١) راجع : اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ المكان السابق .
(٢) التقرير والتحبير ـ نفس المكان .
(٣) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة من طريق مهلب ابن العطاء عن شعيب بن بيان أو سعيد بن سنان عن عمران القطان عن قتادة عن أنس ـ رضي الله عنه ـ ، وشعيب كما قال الجوزاني له مناكير ، وأورده الذهبي في الضعفاء ، وقد أخرجه أبو داود باسناد صحيح عن قتادة ، راجع : ارواء الغليل للالباني ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢ وما بعدها .
(٤) راجع : المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ص ٢٧٤ ، واحياء علوم الدين جـ ٣ ـ ص ١٥٠ .

٣٣ ـ ومن المعقول من وجهين :

الأول : أن المراد من حد القذف هو دفع عار الزنا عن المقذوف ، وهذا حق للعبد .

الثاني : أن سبب الحد هو الجناية على العبد وفي اقامته تعود المنفعة عليه وهذا دليل على أنه من حقوقه (١) .

وقد ترتب على تغليب جانب العبد في حد القذف أنه يجوز أن يرد عليه العفو من المقذوف لأنه حقه ، ولا يستوفى الحد الا بعد طلبه باستيفائه لأنه كما يقول ابن قدامة في المغنى : يعتبر لاقامة حد القذف ان يطالب المقذوف لأنه حقه ، فلا يستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه ، كما انه يسقط بعفوه كالقصاص ، ويفارق سائر الحدود فانه لا يعتبر لاقامتها طلب استيفائها (٢) ، ولهذا فان القذف اذا وقع على غائب لا يقام الحد على القاذف حتى يحضر ويطالب ، واذا وقع على من لم يبلغ لا يقام الحد حتى يبلغ ، ولا يجوز لوليه المطالبة عنه لأنه حق شرعي للتشفي فلم يقم غيره مقامه كاستيفائه القصص ، فاذا بلغ وطالب اقيم على القاذف الحد حينئذ ، ولا يقام الحد بقذف غائب حتى يحضر ويطالب باقامته على من قذفه ، وهكذا تأسيسا على أنه من حقوق العبد (٣) .

والرأى المشهور عند مالك : أنه يجوز للمقذوف أن يعفو عن اقامة الحد قبل بلوغ الامام أو نائبه ، وذلك قياسا على الأثر

---

(١) المجموع ـ السابق .

(٢) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١٧ ـ مكتبة الرياض الحديثة .

(٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١٨ . وراجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ـ ص ٣٣١ .

الوارد في سرقة دار صفوان حين قال له النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: " هلا عفوت عنه قبل أن تأتيني " ، ولم يعمل الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بقول صفوان : اني لم أرد هذا ، أي قطع يده ، هو عليه صدقة (١) .

٣٤ ـ الرأى الراجح : والرأى الذى يترجح لدينا هو رأى جمهور الفقهاء الذين قالوا بغلبة حق العبد في حد القذف ، وذلك للاعتبارات التى قررها هذا الرأى ، ولأن القول بتغليب جانب حق العبد فيه لا يمنع من اشراك حق الله معه ، وهذا في نظرنا ادعى لحماية حقه وحفظ شرفه واعتباره .

٣٥ ـ ثانيهما : ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب :

وقد مثل الفقهاء لذلك بالقصاص ، اذ أن حق الله تعالى فيه يتمثل في أن لله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد ، ومنع وقوع جريمة القتل ، ومفاد هذا المعنى قول الله تعالى: " ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب " (٢) .

وأما حق العبد في القصاص فانه يتمثل في حق الاستمتاع ببقاء النفس(٣) ، ولوقوع الجناية عليها .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ وأصحاب السنن الأربعة ، راجع: تنوير الحوالك ـ شرح موطأ مالك ـ جـ ٣ ـ ص ٤٩ ، نصب الراية ـ جـ ٣ ـ ص ٣٦٨ ، سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٢٦ .

(٢) سورة البقرة ـ آية ١٧٩ .

(٣) التلويح على التوضيح ـ للتفتازاني ـ جـ ٢ ـ ص ١٥٥ .

ونظرا لأن حق الغير غالب في القصاص من غير خلاف بين الفقهاء فانه يجرى فيه التوارث ، ويصح الاعتياض عنه بالمال والصلح ، ويصح العفو عنه مع وجود حق الله تعالى وهو اخلاء العالم عن الفساد (١).

ويظهر من خلال ما سبق أن مجموعة الحقوق التى يرد عليها الضرر الأدبي ، تمثل حقوقا لاصحابها ، وهذه الحقوق ثابتة لهم شرعا بمقتضى الأدلة الشرعية ، وان ورود حق الله فيها انما هو لتأكيد حفظها ومنع التعدى عليها ، وقد سبق أن رأينا : أنه لا يخلو حق العبد من وجود حق الله فيه (٢) ، ليكون هذا الوجود لحق الله مدعاة للحفظ ووسيلة لاحترام تلك الحقوق بين الناس .

واذا كانت تلك الحقوق تدخل ضمن الحقوق المشتركة بين حق الله والعبد ، وحق العبد فيها غالب ، فانه يترتب على ذلك أن تكون تلك الحقوق مما يمكن أن يرد عليه الاعتياض بالمال والصلح والاسقاط والعفو ، وهذا الامر وان كان مقررا باتفاق الفقهاء في مجال ضمان النفس في حال التعدى عليها كلا أو بعضا فانه في مجال التعدى على شرف الانسان بالقذف ، ووفقا لما انتهى اليه رأى جمهور الفقهاء وترجح لدينا أن ذلك الضرر يغلب فيه جانب التعدى على حق العبد ، يوضح هذا المعنى ، ما قرره ابن قدامة في المغني حيث يقول : " يشترط لاقامة حد القذف مطالبة المقذوف ، لأنه حق له فلا يستوفي قبل طلبه كسائر حقوقه ،

---

(١) كشف الاسرار -جـ ٤ ص ١٣٨١ ، مرآة الأصول -جـ ٢- ص ٤٢٨ ، والموافقات للشاطبي -جـ ٢ -ص ٣٢٠ .

(٢) راجع في هذا المعنى : الفروق للقرافي -المكان السابق .

ويقول : انه حق لا يستوفي الا بعد المطالبة من صاحبه باستيفائه ، كما أنه يسقط بعفوه كالقصاص ، ويختلف عن سائر الحدود فانه لا يعتبر في اقامتها الطلب باستيفائها وهذا المعنى هو ما ذهب اليه المالكية في المشهور عندهم والشافعية (١) .

٣٦ — الثالث : ان الحقوق الأدبية مآلها الى التمول :

والمشهور في الفقه أن الحقوق التي يرد عليها الضرر الأدبي حقوق غير مالية ، أنها ليست بمال أصلا ، لأن معانيها أكبر وأسمى من أن تكون محلا للتعامل بالمال وأن المقصود منها ليس هو المال أصلا ، بل حفظ معناها في حياة الناس ، يقول ابن قدامة : " والحقوق على ضربين : احدهما : ما هو حق لآدمى ، والثاني : ما هو حق لله تعالى ، وحق الآدمى ينقسم الى قسمين : احدهما ما هو مال أو المقصود منه المال ، والثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وذلك القصاص ، وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة ، والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق " (٢)

ويقول ابن عابدين : " الحقوق المجردة أو المفردة هي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية لا وجود لها الا باعتبار الشرع ، ولا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عنها ولا يجوز الاعتياض عنها ، ولا تضمن عند الاتلاف ، فهي لم تقم بمحل ، ولم تقرر في ذات ويمثل لها بحق الشفعة وحق الخيار ، فهذه حقوق تتعلق بمحض المشيئة والاختيار

---

(١) المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢١٧ ، وراجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٣٣١ ، والمهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٧٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة - جـ ٩ - ص ٢٣٧ وما بعدها .

دون أن تكون تابعة لعين مملوكة وأما الحقوق المتقررة أو المؤكدة ، فهي حقوق قائمة بالمحل ، فيصح الاعتياض عنها ، وتضمن عند الاتلاف ، كحق الرهن وحقوق الارتفاق " (١) ، وينقسم حق العبد من حيث الارث الى حق يورث وحق لا يورث ، ووراثه حق من الحقوق يعتبر امارة على أنه من حقوق الانسان وليس من حقوق الله تعالى ، لأن حقوق الله لا تورث ، والحق الذى يعتبر خادما بالمال معين أو تابعا له ،أو موثقا له أو معينا له ولا صلة له بشخص صاحبه ، ولا بارادته ومشيئته ، وهو ما ينقلب في النهاية مالا ، فانه يورث، كحقوق الارتفاق ، وحق الدية والأرث ، وحق الرهن ،فالارث انما يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع (٢).

واذا كان الفقهاء يقررون ان حق العباد منها ما هو مالى ومنها ما هو غير مالى على أساس الضوابط التى وضعوها لهذا التقسيم فان مجموعة الحقوق التى يرد عليها الضرر الأدبي . ليست من قبيل الحقوق المالية أصلا ، وذلك على أساس أن المال لا يرد فيها قصدا ، ولا يمكن أن يرد عليها التقدير بالمال ابتداء ، لكن هذا الأصل لا يمنع من أن تتحول هذه الحقوق الى طبيعة أخرى يمكن أن يرد عليها التقدير بالمال عند عدم امكان اعتبار الأصل وهو عدم ماليتها ، فهذه الحقوق وان كان الأصل فيها انها حقوق غير مالية ،الا أنها تتسم بطبيعة تنطوى على معنى التمول في الضمان بما يجعلها تضمن بالمال وتتقدر به .

ودليل هذا التمول ما قرره الفقهاء من أنها يمكن التعويض عنها ، وذلك وارد بنصوص الشرع في التعدى على النفس أو بعضها

---

(١) حاشية ابن عابدين ـ جـ ٤ ـ ص ٥١٨ .

(٢) مرآة الأصول ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٨ ، والهداية مع فتح القدير جـ ٥ ـ ص ٣٢٦ .

بالدية أو الأرش ، فالدية نوع من التقدير البدلي للنفس – والارش نوع من التقدير البدلي لتلف الأعضاء ، واذا كانت الدية مقدرة بنص الشارع في الجناية على النفس ، والارش مقدر في الجناية على ابعاض النفس ، فان حكومة العدل تمثل نوعا من التقدير للجناية في حالة الجروح والآلام التى لم يقدر فيها تعويض بنصوص الشارع (١) ، وهذا الأمر وارد في حق الطلاق فهو وان كان غير مالي الا أنه يمكن أن يرد عليه التقدير البدلي بالمال كما في الخلع ، وكذلك حقوق الارتفاق فانها تورث عند الحنفية ، ويمكن التعويض عنها بالنص عليها في بيع العين ، وهم يرون ذلك برغم أن حقوق الارتفاق ليست من قبيل الحقوق المالية عندهم ، لكنها تتحول في النهاية الى حق مالي يمكن الاعتياض عنه وتوارثه . لأنها تتعلق بالمال (٢) .

٣٧ — أساس التمول في الحقوق غير المالية :

ويقوم أساس التمول في الحقوق غير المالية على عدة أسس يمكن أن تؤخذ مما قرره الفقهاء ويمكن ردها الى ما يلي :

٣٨ — أ — الاعتياض :

ويظهر أثر الاعتياض في تلك الحقوق واضحا في باب الديات ذلك أن الدية تجب في مقابل النفس أو الاعضاء التى اتلفتها الجناية

---

(١) تكملة فتح القدير – جـ ١٠ – ص ٢٧٠ ، تبيين الحقائق للزيلعي – جـ ٦ – ص ١٢٦ ، كشاف القناع – جـ ٦ – ص ٥ ، اسنى المطالب شرح روض الطالب – جـ ٤ – ص ٤٧ .

(٢) فتح القدير – جـ ٦ – ص ٤٢٧ وما بعدها ، وبدائع الصنائع للكاساني – جـ ٦ ص ١٨٦ حيث يقرر أن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي ، وراجع : العناية على الهداية للبابرتي جـ ١٠ – ص ٨٧ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر – جـ ٢ – ص ٥٦٧ ، وراجع : الموافقات للشاطبي – جـ ٢ – ص ٣٢٠ .

بصرف النظر عما تؤدي اليه من نتائج مالية ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان الدية تجب في مقابل منفعة الحياة أو العضو ، وليس في مقابل النفس أو العضو ذاته ، لأن قيمتها لا تقدر بالمال أصلا كما سبق (١) .

ويترتب على اعتبار الجانب الأول ، وهو وجوب الدية في مقابل ما اتلفته الجناية دون اعتبار لمآله المالي ، ان وجوبها في تلك الحالة يتمخض عن ضمان المساس بحق الانسان في سلامة جسده وأعضائه وهو حق أدبي خالص ، وليس أدل على ذلك من وجوب الضمان في حالة التعدى على عضو زائل المنفعة ، بل وفي حالة العضو الزائد ، حيث تجب فيه حكومة عدل على أساس أنه جزء من الآدمي وتشريف له وان لم يكن فيه نفع ولا زينة ، والأمر كذلك في اليد الشلاء واللسان الأخرس ، والعين العوراء (٢) .
واعتبار الضمان في مقابل العضو الذى تلف بصرف النظر عن منفعته أو أصالته يدل أكبر دلالة على تعويض الضرر الأدبي الحاصل بفقده .

وفي الحالة الثانية ، فان الضمان يتقرر كمقابل للمنفعة ، أو زوال الجمال ، ولو بقي العضو على شكله قائما بعد الاعتداء وذلك على أساس ان وجوب الدية يتعلق بفقد جنس المنفعة ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) ، وقد جاء في مجمع الضمانات : " ان الاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال ، يجب كل الدية لاتلافه من

---

(١) في هذا المعنى : المبسوط ـ للسرخسي ـ ج ٢٦ ـ ص ٥٩ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ ج ٥ ـ ص ٣٧٩ .
(٢) المبسوط للسرخسي ـ ج ٢٦ ، ص ١٦٦ ، وبدائع الصنائع ـ للكاساني ـ ج ٧ ـ ص ٣٢٣ .
(٣) المغنى لابن قدامة ـ ج ٩ ـ ص ٥٩٥ ، والمهذب للشيرازى ج ٢ ـ ص ٢١٦ ، والشرح الكبير ـ للدردير ـ ج ٩ ـ ص ٥٩٣ ، وبدائع الصنائع ـ ج ٧ ـ ص ٣١١ وما بعدها .

وجه ، وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي (١).

ويلاحظ أن المتلف سواء كان هو الحياة أو العضو أو منفعتهما ليس بمال أصلا ، ولذلك كان الأصل عدم ضمانه بالمال ، لأن المال ليس بقيمة له ، اذ لا يقوم مقامه ، وقيمة الشيء تتمثل فيما يقوم مقامه ، وانما عرف تقويمه بالشرع ، ولذلك لا يجوز ايجاب المال زيادة مما أوجبه الشرع قدرا ، ولما كانت المنافع لا تعد من قبيل الأموال عند الحنفية أصلا ، ولا يرد عليها وصف التقوم الا استثناء عند المتأخرين منهم ، فانها هنا قد ثبت تقومها بما ورد عن الشرع وعند جمهور الفقهاء تعتبر المنافع أموالا وتضمن عندهم (٢).

كما يلاحظ أن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال عند الجمهور ومنهم فقهاء الحنفية الذين يرون عدم مالية المنافع ، ويترتب على ذلك أن الجاني اذا فقد العضو الذى يجب أن يقطع قصاصا ، فان الدية تجب لأن الدية تأخذ حكم المال عندهم ، واذا فقد المثل في المال وجب القيمة (٣) كما أن القصاص فيما دون النفس يشترط فيه المماثلة والمساواة في الأرش ، لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال ، والمساواة في اتلاف الأموال معتبر (٤) ، ويجوز للانسان أن يضحى باطرافه في سبيل انقاذ حياته ، فالأطراف كالأموال خلقت وقاية للنفس (٥) ، واذا كان امر الاطراف كذلك فان سريان أحكام الضمان عليها ، ودخولها في مجال الاعتياض يكون أمرا واردا .

---

(١) مجمع الضمانات ـ للبغدادى ـ السابق ص ١٧٠ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٦ ـ ص ١٣٧ ، والمبسوط للسرخسي جـ ١١ ـ ص ٧٨ وما بعدها ، عيسوى أحمد عيسوى ، المدخل للفقه الاسلامي ـ ص ٣٠٩ ، طبعة ١٩٦٧ م .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة ـ فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي ـ القسم الثاني ـ ص ٣٩٦ ، طبعة ١٩٦٦ م .

(٤) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٩٩ ، وما بعدها .

(٥) فتح القدير ـ للكمال ابن الهمام ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٣ ، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٩٧ .

٣٩ ـ ب ـ التوارث :

ومن الأسس التي يقوم عليها معنى التمول في الحقوق الأدبيـة أنها تورث ، ومن سمات التمول في الحقوق أن تكون مما يقبل التوارث، وفي هذا المعنى يقرر الفقهاء أن الحقوق من حيث الارث وعدمه تنقسم الى حق يورث والى حق لا يورث ووراثة حق من الحقوق ، يعتبر امارة على أنه من حقوق الانسان ، وليس من حقوق الله تعالى ، لأن القاعدة العامة أن ما كان من حقوق الله تعالى أو ما كان حق الله غالبا فيها لا يورث(١)، وقد جاء في شرح الهداية : "الارث يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع" (٢)

واذا كان توارث الحق علامة على غلبة جانب التمول فيه ، وكانت الحقوق الأدبيـة في جملتها مما يقبل التوارث ، كان اعتبار معنى التمول فيها لذلك امرا واردا .

٤٠ ـ جـ ـ جريان العرف بتمول الحقوق الأدبية :

وقد يجرى العرف على تمول عدد من الحقوق الأدبية ، على النحو الذى يجعل الاعتياض منها امرا جائزا ، وللعرف أثر كبير في تمول كثير من الأشياء(٣)، وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو سنة : " ومن الحقوق المجردة : الحقوق الفكرية أو الأدبية وان كان الفقهاء

---

(١) مرآة الاصول ـ لمنلا خسرو ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٨ .
(٢) شرح فتح القدير على الهداية ـ جـ ٥ ـ ص ٣٢٦ .
(٣) راجع في تفصيل ذلك : رسالة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة ـ العرف والعادة في رأى الفقهاء ص ١٣٦ وما بعدها ـ مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٨ م ، وراجع : ما حكاه ابن عابدين عن هذا الاتجاه بقوله: " لو فرغ عن الوظيفة بمال ، فللمخروج له الرجوع بالمال ، لأنه اعتياض عن حق مجرد ، وهو لا يجوز"، راجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨٣

المتقدمون لم يعتبروها من المال ، لأنهم قصروا معناه على الأشياء التي يمكن احرازها ، ولها قيمة بين الناس من الأموال المادية ، ولم يعتبروا الحقوق المجردة من المال ، والرأى الصحيح أنها تتمول بتعارف الناس ، كما قرر متأخرو الحنفية في حكم التنازل عن الوظائف بعوض " (١) ، وهكذا يكون جريان العرف بتمول تلك الحقوق مما يصلح أن يكون أساسا لتمولها (٢).

وقد حكى ابن عابدين في حاشيته ما جرى عليه العمل مما اقتضته الضرورة من تمول بعض الحقوق غير المالية أو الأدبية ، وذلك مثل حق الوظيفة فقال : " وعليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال ، قال العلامة العيني في فتاواه : ليس للنزول شيء يعتمد عليه ، ولكن العلماء والحكام مشوا على ذلك للضرورة ، واشترطوا امضاء الناظر لئلا يقع فيه النزاع (٣) . وقد أكد هذا المعنى الامام السيوطي فأبرز عنصر : " العرف " في اعتبار التمول اذ يقول : " لا يقع اسم المال الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت وما لا يطرحه الناس" ، ومفاد هذا أن العرف هو أساس مالية الأشياء لقوله : " لا يقع اسم المال الا على ماله قيمة ، أى بين الناس عرفا بحيث أضحى محلا للمعاوضة يباع بها (٤) .

---

(١) نظرية الحق - للشيخ أحمد فهمي أبو سنة - منشور بكتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع للمجلس الأعلى للشئون الاسلامية ص ١٨٢ ، وقد حكى ابن عابدين هذا الرأى بقوله : " ولا يجوز الاعتياض عن الوظائف لأن بيع الحق لا يجوز - رد المحتار جـ ٤ ص ٥١٨ " .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٣ ، حيث يقول : " وثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم ، وراجع : البحر الرائق - جـ ٢و - ص ٢٢٧ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٥١٩ .

(٤) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٩٧ ، وراجع : حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن للدكتور فتحى الدريني وفئة من العلماء - ص ٢٤ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين بأن صفة المالية في الفقه الاسلامي ليست الا صفة للاشياء بناء على تمول الناس ، واتخاذهم اياها مالا ومحلا لتعاملهم ، وذلك لا يكون الا اذا دعتهم الحاجة لذلك فمالت اليه طباعهم ، وكان في الامكان التسلط عليه والاستئثار به ، ومنعه من الناس ، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة ، فاذا تحقق ذلك عدت من الأموال بناء على عرف الناس وتعاملهم (١) ، وقد جاء في مجمع الأنهر : ان هوام الأرض تصبح مالا ، أي محلا للملك اذا ظهرت منافعها في الدواء ويلزم متلفها بالتعويض لأنها ذات قيمة مالية عرفا (٢) .

٤١ — د — الحقوق الأدبية ترتبط بحفظ مقومات الحياة :

ويبقى من أسس قيام الحق الأدبي أنه يتصل بحفظ مقومات الحياة التى تتعلق بالمصالح الضرورية المعتبرة ومنها حفظ النفس وحفظ العرض ، وحفظ المال ، ومن المؤكد أن حفظ حق الانسان في الحياة من أن يمس به مساسا ماديا عن طريق التعدى عليه

---

(١) الشيخ على الخفيف — الملكية جـ ١ — ص ١٣ هامش (١) ، ويقرر الدكتور فتحى الدريني — السابق — ص ٣١ : ان هذا رأى وجيه وتفقه جيد .

(٢) مجمع الأنهر — جـ ٢ — ص ١٠٨ . وحاشية ابن عابدين على الدر المحتار — جـ ٤ — ص ٢٠٥ ، أول باب البيوع — مطلب في النزول عن الوظائف بالمال ، لما جرى به العرف بذلك ، والاشباه والنظائر — للسيوطي — ص ٣٢٧ ، وشرح منتهى الارادات — جـ ٢ — ص ٢٤٨ ، والموافقات — للشاطبي جـ ٢ — ص ١٧ .

بالقتل أو الضرب أو الجرح ،أو ان يمس به مساسا معنويا عن طريق التعدى على الشرف وبالقذف والسب وغيرهما من كل ما ينال من شرف الانسان واعتباره ، يدخل في اطار حفظ مقومات الحياة حيث لا يستقيم لها معنى بدون المحافظة عليها ،ولهذا قررت الاحكام الشرعية ضمان التعدى على تلك الحقوق بما تستوجبه من عقوبة تقديرية ، وغير تقديرية ،وتعويض لما يسفر عنه التعدى عليها ، تلافيا لآثاره وتخفيفا من اضراره (١)

..

(١) راجع في هذا المعنى : العز بن عبدالسلام - قواعد الاحكام - جـ ١ - ص ٥ ، والموافقات للشاطبي - جـ ٢ - ص٨ ، وما بعدها ، واعلام الموقعين - لابن القيم - جـ ٢ - ص ٩٥ ، وما بعدها .

الفصل الثاني

شروط قيام الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

٤٢ - ويجب أن تتوافر في الضرر الأدبي شروط معينة ذكرها الفقهاء ، وذلك حتى تترتب عليه الآثار المنوطة به ، ومنها حق المعتدى عليه في تعويض ما أصابه من ضرر أدبي . وهذه الشروط موجودة في كل من الفقهين الاسلامي والوضعي ، وينبغي أن نشير اليها مع تخصيص مبحث لكل اتجاه .

(المبحث الأول)

شروط قيام الضرر الأدبي في فقه القانون

٤٣ — يقرر فقهاء القانون أن الضرر الأدبي مثله كمثل الضرر المادي من حيث وجوده ونشأته على النحو الذي يكون فيه سببا لقيام المسئولية عنه ، ومن ثم قيام حق الشخص المضرور في المطالبة بالتعويض عنه ، ولذلك يشترط فيه شروط .

٤٤ — أولها : أن ينطوي الضرر على اخلال بمصلحة أدبية مشروعة .

ومن المعروف أن المصلحة المستهدفة بالضرر ، والتي يحرص القانون على حمايتها منه ، قد تكون مالية ، وهي لا تثير صعوبة بالنسبة للتعويض ، فالفقه والتشريع الوضعيان متفقان على تقرير الأحكام الناشئة عن المسئولية بخصوص التعويض عنه ، وقد تكون مصلحة أدبية وهي لا تقل أهمية في نظر القانون الوضعي عن

---

(١) د . عبدالمنعم الصده ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٩٠ ، ود . سليمان مرقس ـ نفس المرجع والمكان ، والموجز في النظرية العامة للالتزام ، للدكتور السنهوري ـ ص ٣٣٠ ، د . عبدالرازق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٦٨ ، والمراجع المشار اليها ، د . سمير تناغو ـ السابق ـ ص ٢٤٩ ، د . محمد كامل مرسي ـ السابق فقرة ٥١ ، د . أنور سلطان ـ المصدر نفسه ـ ص ٥٢٥ ، د . عبدالمنعم الصدة ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٦٨ ، د . محمود جمال الدين زكي ـ نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ـ ج ١ ـ ص ٦٦ ـ طبعة ١٩٦٨ ، حيث يقول : "ويعتبر ضررا أدبيا في الجملة ، كل مساس بحق غير مالي ، كحق الشخص على اسمه أو على حرمة مسكنه ، وحقه المعنوي على مؤلفه ، وقد ينجم ضرر أدبي من مجرد الاعتداء على حق له" وقارن د . توفيق فرج ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٦ ، حيث يعتبر الضرر الأدبي داخلا تحت الضرر الجسدي " .

نظيرتها الأولى ، ولهذا نص القانون المدني المصري ، في المادة (٢٢٢/ ١) على أنه : " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا "، فأفصح بذلك عن طبيعة الضرر الأدبي ، كسبب يجعل للمضرور الحق في التعويض ، شأنه في ذلك شأن الضرر المادى (١).

وقد جاء التعبير عن الضرر الأدبي في نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مطلقا ، لم يحدد ماهية الضرر الأدبي ، ولم يبين الحالات التى تدل على وجوده ، فترك مجالا خصبا للفقه يفسر فيه هذا الذى أطلقه النص ، ويبين الحالات التى يكون فيها الضرر أدبيا على نحو ما سبق ، ويبدو من خلال النظر في الحالات التى أوردها الفقه انها تتفق جميعا في أن الضرر فيها ضرر غير مادى

---

(١) راجع المادة ٢٠٥ من مشروع التقنين المدني العراقي وهي مستمدة من الفقه الاسلامي وتنص على أنه : " ١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالى يجعل المعتدى مسئولا عن التعويض " ، وقد نصت المادة ٢٦٧ من القانون المدني الاردنيعلى أنه : " ١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي . أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولا عن الضمان " ، وقد نصت المادة ٢٧١ من مشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد (القانون المدني الموحد على أساس الفقه الاسلامي) على أنه : " ١ - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض " . راجع : الفعل الضار - للدكتور مصطفى الزرقا . ص ٢٢٤ - دار القلم بدمشق .

أصلا ، بمعنى أن المصلحة المعتدى عليها ليست مما يرد عليه التعامل بالمال حتى يتسنى تقييمها من الناحية المادية بنظائرها ، وان كان التعدى على تلك المصالح لا يمنع من تقدير تعويض يقترب في صورته من الجزاء بقدر ما يبتعد في تقديره عن المماثلة . ويشترط أن تكون المصلحة التي اصيبت من جراء الضرر الأدبي - مشروعة حتى تقبل دعوى التعويض قانونا فيجب أن تكون المصلحة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب . ومن ثم لا يكون للعشيقة أن تطلب التعويض في حالة وقوع حادث اعتداء على عشيقها ، لأن الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على العشيق لا يمثل ضررا بمصلحة مشروعة يحميها القانون (١) .

٤٥ — ثانيها : أن يكون الضرر الأدبي محققا :

ويكاد رأى الشراح يجمع على أن الضرر الأدبي يشترط فيه ما يشترط في الضرر المادى من كون الأخير محققا ، والضرر المحقق الوقوع ، هو الذى تحقق وقوعه فعلا (٢) أو سيقع حتما ، وذلك كما اذا كان الضرر مستقبلا ، أى لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل (٣) .

---

(١) د . توفيق فرج - السابق - ص ٢٥١ وما بعدها ، د . جمال زكي - المرجع السابق - فقرة ٢١٤ .

(٢) د . السنهورى - المرجع نفسه - ص ٨٥٨ ، د . عبدالمنعم الصده - ص ٥٨٧ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - فقرة ٤٦٣ ، د . توفيق فرج السابق - ص ٣٤٨ ، د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٣٢٩ .

(٣) د . عبدالمنعم الصدة - المرجع نفسه ، وراجع حكم محكمة النقض الجنائي في ١٩٤٧/٦/١٦ م ، وقد جاء في هذا الحكم : " انه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى المدني ، الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل ، ومجرد ادعاء احتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداهة (مجلة المحاماة ٤٨ . ص ٧٤٦ رقم ٢٤١) .

واذا كان فقهاء القانون الوضعي لم يضربوا أمثلة توضح عنصر التحقق في الضرر الأدبي فيمكن تقدير تحقق الوقوع في الحالات التى ذكرها الفقهاء ، في حالة ما لو تم الفعل ووقع فيها ، مثل حدوث الألم من جراء التعدى على جسم المضرور فعلا ،أو اذا تحققت الاشاعة عن فتاة أنها مريضة بمرض معد لا تصلح معه للزواج ،أو رميها ، أو نسبة أمر محدد يمس اخلاقها بما يقزز الراغبين في الزواج منها ، وكما في قذف انسان أو سبه على نحو ما سلف ،وكما في اختطاف طفل من أمه أو انتزاعه من حضانتها ، وكما لو حدث بالفعل ما ينطوى على مساس بالشخص في معتقداته الدينية أو شعوره الأدبي وهكذا .

وقد يكون حصول الضرر الأدبي في المستقبل ،وذلك في حالة ما اذا قامت أسبابه في الحال ، وتراخت أثاره الى المستقبل (١) كما لو أصيب شخص بجرح في وجهه فسبب له ألما وتمخض عن بعض التشوهات التى تمنعه من الاستمرار في وظيفته ، اذا كانت مما يشترط لها حسن المظهر وجمال السمات ،وكما لو اشيع عن فتاة أنها ليست على خلق وتمخضت الأشاعة عن صرف الخطاب عنها أو اقالتها من عملها ، أو نقلها الى وظيفة أدنى درجة أو أقل دخلا مما كانت عليها ، وفي هذه الحالة ، والضرر الأدبي شأنه شأن الضرر المادى لا يقف تقدير التعويض عند الضرر الذى وقع فعلا ،وانما ينبغى أن يمتد ليشمل الضرر الذى سيقع حتما ، فاذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فورا ، قدره القاضي وحكم به كاملا (٢) .

---

(١) د . السنهورى - المرجع نفسه - ص ٨٥٩ ، ود . الصدة - المرجع نفسه - ص ٥٨٧ ، د . محمد كامل مرسي - المرجع نفسه فقرة ٤٨ ، د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٤٥٢ ، د . أحمد سلامة - المرجع نفسه - فقرة ١٨١ ، د . نعمان جمعه - المصدر نفسه - ص ٥٨ ، د . عبدالرازق فرج - المرجع نفسه - ص ٦٥ ، د . جميل الشرقاوى - المرجع نفسه - ص ٤٨٣ .

(٢) د . السنهورى - المرجع نفسه ،د . توفيق فرج - المصدر نفسه - ص ٣٤٩ ، د . جمال زكي - المرجع نفسه - ص ٢٦٠ وما بعدها د . عبدالحى حجازى - المرجع نفسه - ص ٤٧٣ .

أما اذا كان لا يمكن تقديره ، كما اذا أصيب العامل في ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما اذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه ، وفقا لأى من الفرضين يتحقق في المستقبل ، وقد يرجع عدم امكان تقدير الضرر الى أسباب أخرى فيجوز للقاضي بعد أن يقدر الضرر وفقا لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير(١) وقد اشار الى هذه الفروض القانون المدني الجديد، فنص في المادة ١٧٠ بأن يقدر القاضي مدى التعويض من الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ ، مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير(٢) .

---

(١) المرجع نفسه — وقد قضت محكمة النقض المدني في ٧/٦/١٩٣٤ بأنه : " اذا طلب شخص أن يقضي له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه مع حفظ الحق في المطالبة بالتعويض الكامل بقضيته على حده ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد أن يتبين له مدى الاضرار التى لحقته " ، مجموعة القواعد القانونية — جـ ١ ص ٤١٥ رقم ١٩٠ .

(٢) وقد نصت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص على أنه : " قد لا يتيسر للقاضي أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيا كما هو الشأن مثلا في جرح لا تستبين عقباه الا بعد انقضاء فترة من الزمن فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها ، فاذا انقضى الأجل المحدد اعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض اضافي اذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصرى — مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ ٢ ص ٣٩٣ .

واذا كان من المسلم به أن المضرور يمكن أن يطالب في دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذى استفحل ولم يكن قد دخل في تقدير القاضي أول مرة ، وليس في هذا ما ينافي حجية الأمر المقضي به لاختلاف المحل في الدعويين ، اذ محل الدعوى الثانية هو التعويض عن الضرر الذى استجد ولم يكن موجودا عند نظر الدعوى الأولى (١) .

٤٦ — وعلى العكس من ذلك قد يقدر القاضي التعويض على أساس ما تبين له من ضرر ، ثم يحصل بعد ذلك أن يتناقص الضرر على خلاف ما حسبه ، وقت الحكم بالتعويض ، كما لو بدت الاصابة خطيرة بحيث تؤدى الى عاهة مستديمة ، فقدر القاضي التعويض على هذا الأساس ، ثم حصل بعد ذلك أن زال كل أثر للاصابة ، ففي هذه الحالة لا تصح معاودة النظر في تقدير التعويض لأن هذا يتنافى مع حجية الأمر المقضي به (٢)

وفي مقابل الضرر المحقق حالا كان أم مستقبلا ، يوجد الضرر المحتمل ، وهو الضرر غير المحقق الوقوع في المستقبل ، وليس من شأن هذا الضرر أن يولد حقا في التعويض ، فليس للمالك الذى يمر من جانب أرضه قطار السكة الحديد أن يطالب بتعويض

---

(١) د . عبدالمنعم الصده — المرجع نفسه — ص ٥٨٨ ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية:أنه اذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي خلال مدة بعينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الاحكام" مجموعة الأعمال التحضيرية — ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٢) د . عبدالمنعم الصده — المرجع نفسه .

عن خوفه من حدوث حريق في زراعته بسبب كونه مجاورا لـه ، فان مثل هذا الخوف لا يرقى لأن يكون ضررا أدبيا يستحق بموجبه التعويض(١).

٤٧ – ثالثها : ينبغي أن يكون الضرر شخصيا :

والمراد بهذا الشرط أن يقتصر الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي على من لحقه الضرر دون غيره ولهذا لا يستطيع أى شخص غيره أن يلاحق المسئول في حالة تقاعد المعتدى عليه وعدم رفعه دعوى المسئولية ، فالمضرور هو الذى يكون له أن يطالب بالتعويض (٢) ولا صعوبة في حالة ما اذا كان المضرور شخصا واحدا ، كما أنه لا صعوبة كذلك في حالة تعدد المضرورين من الخطأ الواحد ، حيث يكون هناك ضرر شخصي بالنسبة لكل منهم .

ولكن يثور الأمر في حالة ما اذا وقع الضرر على جماعة ، ومع ذلك فانه ينبغي أن يفرق هنا بين ما اذا لم يكن لهذه الجماعة شخصية معنوية ، أولا ، فاذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية وكان الضرر يمس المصلحة العامة لهذه الجماعة ، فلا يكون لها أن تطالب بالتعويض ، وانما يكون لكل فرد من المنتمين اليها أن يطالب به متى أثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي من جراء ما وقع على الجماعة التى ينتمى اليها ، أما اذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية ، كان تكون نقابة من النقابات أو جمعية من الجمعيات أو شركة ، فانه يجب هنا أن نفرق بين ما يقع من ضرر لفرد من الأفراد الذين ينتمون اليها ، حيث يتعلق الأمر بمصلحة

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . توفيق فرج – المرجع نفسه ص ٣٥٠ .

(٢) المرجع نفسه

(٣) د . توفيق فرج – المرجع نفسه – فقرة ٢٩٠ .

فردية ، وبالتالي يجب أن يكون الضرر شخصيا بالنسبة لهذا الفرد الذى يدعى حصول الضرر ، وبين ما يقع على مصلحة الشخص المعنوى ذاته ، فللنقابة مثلا ، الحق في المطالبة بالتعويض ، عن كل الاضرار التي تقع على المصلحة الجماعية أو المشتركة للمهنة التى تمثلها . ولا يعد والأمر في مثل هذه الحالة أن نكون بصدد ضرر شخصي يكون للشخص الاعتبارى نفسه الحق في المطالبة بالتعويض عنه (١)

ويلاحظ أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يختص بالمضرور وحده ، وينقضي بوفاته ، ولا ينتقل الى ورثته الا ان هناك حالتين ينتقل فيها الحق في التعويض الى الورثة وهما :

١ - اذا كان هناك اتفاق على مبدأ التعويض ومقداره بين المضرور والمسئول ففي هذه الحالة يمتد أثر الاتفاق الى الورثة نتيجة لامتداد أثر العقد اليهم .

٢ - اذا كان المضرور قد رفع دعوى الى القضاء لأنه برفع الدعوى يكون قد عبر عن عدم تنازله عن التعويض عن الضرر ، وقد عبر المشرع المصرى عن هذا المعنى في المادة (٢٢٢) من التقنين المدني ، والتى تنص على أنه : " لا يجوز أن ينتقل الى الغير الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ، فكان المشرع اعتبر هذا الحق حقا من نوع خاص لا تثبت له صفة المالية الا من وقت مطالبة صاحبه به امام القضاء أو أقر به المسئول (٢)

---

(١) د . توفيق فرج - المرجع نفسه - فقرة ٢٩٠ .

(٢) د . عبدالرازق فرج - المرجع نفسه - ص ٦٩ ، د . سليمان مرقس - المسئولية المدنية من تقنينات البلاد العربية - القسم الأول - ص ١٦٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصرفي حكم لها بتاريخ ١٩٥٧/٥/٣١ : " بأن هذا الحكم مستحدث لا يسرى الا من تاريخ التقنين المدني الجديد ، فلا محل لتطبيقه على الحوادث التى وقعت قبل ذلك - مجلة ادارة قضايا الحكومة - العدد الرابع - السنة الأولى - ص ١٩٦ .

وقبل المطالبة به أمام القضاء أو اقرار المسئول به لا يكون له كيان مالي ولا يوجد في تركة صاحبه عند وفاته (١) .

٤٨ ـ أما فيما يتعلق بالضرر الأدبي الذى يصيب الآخرين من وفاة المصاب ، فان هذا الألم يصيب زوج المصاب أو أقاربه الى الدرجة الثانية ، ويشمل هذا الزوج والزوجة والوالدين والجدين والأولاد ، وأولاد الأولاد ، وكذلك الأخوة والأخوات ، فاذا اجتمع هؤلاء في ذات الوقت ، فان القاضي لا يحكم بالتعويض لهم جميعا وانما يحكم لمن أصابه منهم الم حقيقي ، أما الألم الذى ينتج عنه أصابة أخرى أقل من الوفاة ، فانه لا يعوض عنه الا المصاب نفسه وقد يعوض عنه الوالدان أو الزوج أوكما يقدره القاضي وفقا لظروف الدعوى (٢) .

---

(١) د . عبدالرزاق السنهورى ـ الوسيط ـ ج ١ ـ فقرة ٥٧٩ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع نفسه ـ فقرة ٤٦٨ ، د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ، وقارن ما نصت عليه المادة ٢٠٥ من التقنين المدني العراقي : حيث نصت في فقرتها الثالثة على أنه : " لا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي " ، حيث لم يقتصر الأمر فيها على مجرد المطالبة به أمام القضاء .

(٢) د . السنهورى ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٧١ ، محمد كامل مرسي ـ المرجع نفسه فقرة ٥٢ ، د . أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٢٨ ، وما بعدها ، د . عبدالمنعم فرج الصدة المرجع نفسه ـ فقرة ٤٧٠ ، د . جميل الشرقاوى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٨٦ ، د . نعمان جمعة ـ المرجع نفسه ص ٥٤ ، د . سمير تناغو ـ السابق ـ ص ٢٤٩ ، وما بعدها ، ويرى الاستاذان بلانيول وريبير : أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى ورثة المصاب مثله كمثل التعويض عن الضرر المادى فانه ينتقل اليهم ما دام المتضرر لم يتنازل عنه قبل وفاته ، مشار اليه في د . عبدالرازق حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص ٧٠ ، هامش (١) .

٤٩ - رابعها : أن يكون الضرر مباشرا :

ويجب كذلك في الضرر الأدبي أن يكون مباشرا ، وهذا الشرط يعتبر مظهرا من مظاهر رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، واستلزام أن يكون الضرر مباشرا القصد منه استبعاد دعاوى التعويض ، التي يرفعها أشخاص لحق بهم ضرر ولكنه غير مباشر ، أو بطريق التسلسل ،كما يقال (١) ، فالضرر الذى يجب على المسئول أن يعوضه هو الضرر المباشر ، وهو الضرر الذى تقوم بينه وبين الفعل الضار علاقة السببية (٢) ، ومن ثم وجب على من يطالب بالتعويض على أساس المسئولية عن الضرر الأدبي أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطأ الذى يعزوه الى المسئول على أساس أنه ملتزم باثبات جميع أركان الحق الذى يطالب به (٣) فلا يكفى أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن ، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر اذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسئولية ، فالسببية ركن جوهرى في كافة صور المسئولية تفرضه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة (٤) ، وعبء اثبات السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن ، وذلك طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء اثبات ما يدعيه(٥) بينما خالف في ذلك بعض الفقهاء وقرروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فلا يكلف

---

(١) د . توفيق فرج - المرجع نفسه - ص ٢٥١ ، فقرة ١٢٩ .

(٢) المرجع السابق ، وراجع : د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه ص ٧٢ فقرة ٣٦ .

(٣) د . جميل الشرقاوى - المرجع نفسه - ص ٤٨٦ ، د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٣٣٥ ، حيث يقرر أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ ، ثم اضاف يقول : وهو يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول .

(٤) د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه .

(٥) المرجع السابق نفسه .

الدائن باثباتها ، بل ان المدين هو الذى يكلف بنفيها ان ادعى أنها غير موجودة (١) ، وقد استند أصحاب هذا الرأى الى المادة (٢١٥) من التقنين المدني ، والتى تقضى بتكليف المدين عبء اثبات السبب الاجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ ، وقالوا : بتعميم هذا الحكم ، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥ مدني) والتى استند اليها هذا الرأى ، لا تشير اصلا الى علاقة السببية بين اخطأ المدين والضرر ، بل هي قاصرة على ركن الخطأ وحده فهي اذ تكلف المدين بأثبات السبب الاجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ ، لا تفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب في الاضرار بالدائن بل تفترض ان عدم التنفيذ مرجعه فعل المدين ، فهي تفترض الخطأ وليست تفترض السببية بين الخطأ والضرر (٢) .

٥٠ — خامسها : أن لا يكون الضرر الأدبي قد سبق التعويض عنه :

وهذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة ، ذلك أننا طالما نتحدث عن الشروط التى بمقتضاها يكون الضرر حريا بالتعويض عنه ، فانه اذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه ، فلا محل للنظر فيه ، وليس من ريب في أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لاصلاح ضرر بعينه ، فاذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا ، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا

---

(١) د . أحمد حشمت أبو ستيت — المرجع نفسه — فقرة ٣٦٤ ، د . السنهورى — الوسيط ج ١ ، فقرة ٤٥٥ ، وقارن نفس المرجع — فقرة ٦٢٩ .

(٢) د . اسماعيل غانم — المرجع نفسه — ص ٧٣ ، د . عبد الحي حجازى — المرجع نفسه — ص ١٥١ وما بعدها ، د . أنور سلطان — فقرة ٣٤٤ .

الصدد ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر من ذات الضرر، وهذا لا ينفى امكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الذى قام به (١).

ولكن اذا كان المضرور مؤمنا على نفسه ضد ما قد يصيبه من حوادث فتسبب شخص بخطئه في جرحه ، أو كان التأمين على الحياة فقتل المؤمن على حياته ، فقامت شركة التأمين بتعويض الجريح عما أصابه من جرح وبتعويض ورثة القتيل فهل مع هذا يمكن للمضرور أن يطالب الفاعل بتعويضه أيضا عما أصابه من ضرر ؟.

.. في الغالب وفي مثل تلك الحالات يكون مبلغ التأمين الذى تدفعه الشركة أقل كثيرا عما يجب تقديره للضرر ، بما لا يمكن معه القطع أن المضرور قد حصل على التعويض الكامل عما حدث ، وفي تلك الحالة يكون للمضرور أن يطالب محدث الضرر بما لم يشمله مبلغ التأمين (٢).

---

(١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر – المسئولية المدنية – ص ٣٣٨ – طبعة ١٩٧٩ دار المعارف ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه اذا استحقت مكافأة استثنائية بموجب قانون المعاشات لأرملة وأولاد المستخدم الذى توفى في حادث فانه يجب خصم هذه المكافأة من مبلغ التعويض ، حكم محكمة النقض المصرية في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ س ١٣ ق قضية رقم ٤٣ .

(٢) حسين عامر وعبدالرحيم – المرجع والمكان السابقان ، د . أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٦٠ ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣ م ، د . عبدالمنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام ص ٥٢٩ ، دار النهضة العربية ١٩٨٤ ، د . عبدالحى حجازى – النظرية العامة للالتزام – ص ٥١١ ، طبعة ١٩٥٤ م

٥١ — ومن القواعد التى يقوم عليها تعويض الضرر ، انه يجب ألا يزيد مقدار التعويض عن الضرر ، كما لا يجب أن يثرى المضرور على حساب المسئول ، ومن ثم فان الفعل الضار اذا ارتكبته عدة أشخاص فلا يجوز للمضرور أن يحصل منهم الا على ما أصابه فعلا من الضرر (١) ، ولو قلنا بجواز الحصول على أكثر من تعويض عن الضرر الواحد لأدى ذلك الى تجاهل تلك القاعدة ، ولهذا يجب أن يكون الضرر القائم لم يسبقه تعويض لا من المعتدى ، ولا من غيره على نحو ما سبق .

---

(١) راجع : الوسيط للسنهورى - ج ١ - ص ٩٧١ ، وما بعدها
د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٥٠٩ .

(المبحث الثاني)

شروط قيام الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٥٢ - من المعروف أن الضرر الأدبي يمثل اخلالا بحق غير مالي من الحقوق التى تتعلق بحفظ مقومات الحياة مما يمسها في وجودها أو شرفها واعتبارها أو معانيها النفسية ، مثال ذلك الضرر الذى يقع على الأم من جراء انتزاع وليدها من حضانتها ، ومصدر الخلل في التصرف الواقع على حقوق الانسان الأدبية ، أنه ينطوى على مخالفة لنصوص الشارع التى تأمر باحترام حقوق الانسان في حياته وشرفه وتنهى عن انتهاك تلك الحقوق بأى مسلك ولو كان يسيرا ، وحتى تتحقق تلك المخالفة لنصوص الشارع الداعية الى احترام الحقوق الأدبية في حياة الانسان ينبغي أن يكون الضرر محققا ، وأن يكون مباشرا ، وأن يكون شخصيا ، ونشير الى هذه الشروط الثلاثة بالتفصيل الذى تقتضيه الدراسة .

٥٣ - أولا : أن يكون الضرر محققا :

يشترط لقيام الضرر الأدبي أن يكون وجوده أمرا محققا ، ويتحقق وجود الضرر حين يتم وقوع الفعل الضار ، وما لم يتم وقوع الفعل الضار لا يكون للضرر وجود لأنه لم يتحقق ، ويترتب على ذلك : ان الضامن اذا اقتصر أمره على مجرد النية السيئة الباعثة على الشروع في الفعل ، فان فعله لا يكون معنى التحقق في الضرر ، اذ هو لا يعدو - وأمره كذلك - أن يكون نوعا من حديث النفس وقد أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن ذلك الفعل عفو لأن الله تجاوز للانسان عما حدثت به نفسه ما لم يعمل به أو يتكلم ، يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل " (١)

(١) صححه الترمذى ، وأخرجه البخارى وأبو داود ، راجع ارواء الغليل - جـ ٧ - ص ١٣٩ .

وفي رواية عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ، أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : ان الله سبحانه وتعالى تجاوز عن أمتي ما وسوست به انفسها ما لم تتكلم به أو تعمل " (١) ، حيث دل هذا الحديث الصحيح على أن الفعل الضار اذا اقتصر أمره على مجرد حديث النفس أو الوسوسة دون أن يصل الى درجة الوقوع بالفعل فلا مؤاخذة عليه ولا ضمان .

ووقوع الفعل الضار على الحق الأدبي يمثل سبب ضمانه ، وقد عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر بأنه الحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو كل ايذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته (٢) ، فالضرر الأدبي كالاهانة التى تمس كرامة الانسان ، أو تلحق به سمعة سيئة سواء اكان ذلك بالقول والشتم . أو الضرب والاحراق والاغراق والترويع والتهديد والضرب ، كل هذه الاضرار اذا تحقق وقوعها فانها توجب الضمان (٣) كما يجب الضمان في حالة الالم الجسماني ، وبقدر ما لحق المجروح أو المضروب من ألم (٤) ذلك هو أساس تحقق الضرر ، حيث يجب أن يكون الضرر قد تحقق ووقع بالفعل .

---

(١) شرح السنة للبغوى - جـ ١ - ص ١١١ .

(٢) راجع : المدخل الفقهي للدكتور مصطفى الزرقا - فقرة ٥٨٦ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - للدكتور صبحي محمصاني - جـ ١ - ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ١٩٤٨ . ونظرية الضمان - للدكتور وهبة الزحيلي - ص ٢٣ وما بعدها .

(٣) د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٢٤ .

(٤) المبسوط - للسرخسي - جـ ٢٦ - ص ٨١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٤١٥ ، ومجمع الضمانات - ص ١٧١ .

ووقوع الضرر بالفعل لا يقتصر أمره على ما تسفر عنه آثار التعدى حال وقوعه ولكنه يشمل ما يترتب على هذا الضرر من تسلسل آثاره ، ليتشكل وجوده نهائيا من خلال استقرار تلك الآثار ، وترتيبا على ذلك قرر الفقهاء بالنسبة لما يتعلق بحق الانسان في حماية حياته من وقوع التعدى عليها أمرين :

٥٤ — أولهما : ان حق المجنى عليه في ضمان آثار الجناية لا يتحدد الا بعد اندمال الجروح حيث يتحدد باندمالها مركزه النهائي ، وذلك لما رواه جابر أنه — صلى الله عليه وسلم — " نهى أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح " (١) ، ولأن التعدى ينظر الى مآله لاحتمال أن تسرى الجناية الى النفس فيحدث القتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبرء .

٥٥ — ثانيهما : أن ما تسرى اليه الجناية فيما دون النفس داخل ضمن الضمان ، لأن السراية من أثر الجناية ، وبما أن الجناية مضمونة فكذلك آثارها ، فاذا سرت الجناية الى النفس وجب ضمانها (٢) ، وان لطمه فذهب ضوء عينيه ،

---

(١) رواه الدارقطني وأبو بكر بن أبي شيبة مسندا ، ورواه البيهقي وأحمد مرسلا ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني جـ ٧ ـص ٢٧ ، وارواء الغليل للألباني ـ جـ ٧ ص ٢٩٩ ، حيث يقرر : " ان الحديث قد أخرجه الطحاوى من طريق مهدى بن جعفر عن عنبسة بن سعيد عن الشعبي وقال : هذا اسناد حسن ، رجاله كلهم ثقات معروفون ، وأمره قد روى من طرق يشد بعضها بعضا " .

(٢) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ص ٧١٥ ، ويرى الشافعية وجوب القصاص بالسراية لأن له محلا منضبطا . راجع : المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ص ١٨٦ ، ومغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٩ .

لم يقتص منه لأن المماثلة غير ممكنة ، وينتقل الضمان الى المعنى الذى أتت عليه الجناية كاملا حيث تجب فيه دية كاملة ، واذا قطع الجاني أصبعا ، فتآكلت اخرى وسقطت ، فان الثانية تدخل في الضمان، ولا يقتص منه لعدم تحقق العمد فيها (١) ومن ثم يكون ضمان التعدى داخلا فيه سراية الجناية حيث تدخل في ضمانها .

٥٠٦ — ثانيا : أن يكون الضرر مباشرا :

ويشترط لقيام الضرر الأدبي أن يكون مباشرا ، ومعنى كون الضرر مباشرا ، أن يحدث التعدى بفعل المسئول ، سواء حصل التلف بفعله مباشرة أم تسببا ، فاذا باشر المسئول الفعل الضار بنفسه دون أن يتخلل بين فعله سبب آخر يرقى لاسناد التلف اليه ، فانه يضمن في هذه الحالة ، وذلك كما لو قام المسئول بالتعدى على المضرور بالضرب أو الجرح أو الترويع أو خطف ولده، أو قام بقذفه أو سبه ،أو وصفه بما ينال من شرفه واعتباره فانه في كل تلك الحالات يكون الضرر قد حدث نتيجة فعل الجاني مباشرة .

وقد عرف الفقهاء المباشر بأنه : " هو الذى يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين التلف وفعله فعل مختار ، والمتسبب هو الذى حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٧٢٧ ، ومغني المحتاج — جـ ٤ — ص ٣٠ ، وبدائع الصنائع — جـ ٧ — ص ٣٠٧

(٢) راجع في هذا المعنى : كشف الاسرار على أصول البزدوى— جـ ٢ — ص ١٢٦٩ ، وغمز عيون البصائر — شرح الاشباه والنظائر جـ ١ — ص ١٩٦ ، وقواعد الأحكام — للعز بن عبدالسلام— جـ ٢ — ص ١٣١ .

وإذا وجدت المباشرة من المسئول فقد وجب الضمان ، أما إذا وجد التسبب وحده فان الضمان لا يجب الا اذا توافرت شروط منها (١) :

١ – أن يحدث تعد من فاعل السبب .

٢ – أن يتحقق قصد وقوع الضرر من المتسبب بأن يكون متعمدا له

٣ – أن يؤدي السبب الى الضرر قطعا دون تدخل سبب آخر حسب العادة ، أو الا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر ، والا نسب الفعل اليه مباشرة ، وقد نصت على هذا المعنى : المادة (٩٢٤) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " يشترط التعدي ليكون السبب موجبا للضمان على ما ذكرنا آنفا ، يعني أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلا مفضيا الى ذلك الضرر" (٢) ، كما نصت المادة (٩٢٥) على أنه : " لو فعل واحد فعلا يكون سببا لتلف شيء ، فحل في ذلك الشيء فعل اختياري ، كان جاء آخر فأتلفه مباشرة . فالضمان على ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري " (٣) ، كما نصت المادة (٩٠) من المجلة على أنه :" اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشرة " .

---

(١) د . وهبة الزحيلي – السابق – ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) راجع : شرح مجلة الأحكام العدلية – لسليم رستم باز – ص ٥١٤ وما بعدها ، وشرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي – ج٣ ص ٤٦٤ ، وما بعدها .

(٣) المرجعان السابقان .

٥٧ — تطبيقات المباشرة في الضرر الأدبي :

وقد ضرب الفقهاء أمثلة لشرط المباشرة في الضرر بالترويع، أو الافزاع ، والحيلولة .

٥٨ — أ — أما الافزاع والترويع :

فانه لغة : الذعر والاخافة(١) وفي اصطلاح الفقهاء يطلق ويراد به اخافة الانسان على نحو يتحقق منه ضرر له ، ومن أمثلته ما اذا أرسل الحاكم الى امرأة حامل يستدعيها الى مجلس القضاء ففزعت وخافت ، وترتب على هذا الفزع اجهاضها أو ذهاب عقلها، وقد يترتب على التخويف والافزاع القتل احيانا ، وذلك كمن يشهر سيفا في وجه انسان أو دلاه من مكان شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله ، وكذلك لو صاح انسان بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة ، وهو على سطح أو حائط ونحوهما فوقع فمات أو ذهب عقله ، وكذلك لو القى على انسان حية ولو كانت ميتة فمات فزعا ورعبا .

وقد اختلف الفقهاء في مدى ضمان المسئول في حالة التعدى على المضرور بالترويع والافزاع وذلك على قولين :

٥٩ — أولهما : أن الفاعل مسئول وضامن ، وهذا رأى جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ، ولكن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم على الأساس الذى يتقرر الضمان بموجبه

---

(١) مختار الصحاح — ص ٥٠٢ ، والروع بمعنى الفزع ، فالافزاع والترويع بمعنى واحد ، راجع : مختار الصحاح — ص ٢٦٣ .

فقال المالكية أن الفاعل يكون قاتلا عمدا بالتسبب ، فيجب عليه القصاص ان كان ما فعله على جهة العداوة ، اما اذا على وجه اللعب والمزاح أو التأديب فعليه الدية (١).

وقال الشافعية والحنابلة : ان فعل ما ذكر عمدا فهو شبه عمد موجب للدية ، والا فهو خطأ لأنه سبب اتلافه (٢).

٦٠ — وثانيهما : للحنفية : وحاصل قولهم : أن المسئول لا يضمن في تلك الصور لأن السبب المذكور لا يكفي للضمان ، لأنه ليس سببا متصلا بالنتيجة قطعا ، ولكن القول بعدم الضمان عند الحنفية مشروط بما اذا لم يكن التخويف فجأة ، فان كان فجأة كالصياح ونحوه على انسان فمات من صيحته ، أو قال له : قع فوقع ، فهو قاتل له قتلا شبه عمد فتجب الدية (٣).

٦١ — أدلة القول الأول :

وقد استدل أصحاب القول على ما ذهبوا اليه من ضمان التلف الحاصل عن طريق الضرر الأدبي بالترويع بالأثر والمعقول .

---

(١) الشرح الكبير للدردير — جـ ٥ — ص ٢١٧ ، وحاشية الدسوقي عليه — نفس المكان .

(٢) مغني المحتاج — جـ ٤ — ص ٤ ، والأحكام السلطانية للماوردى — ص ٢٣٠ ، والمغنى لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٨٣٢ والمهذب للشيرازى — جـ ٢ — ص ١٩٢ ، ونهاية المحتاج — جـ ٤ ص ١١١ ، ١٤٨ ، ١٥٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار — جـ ٥ — ص ٣٩٧ ، مجمع الضمانات — ص ١٤٨ ، ١٥٣ ، واللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية ، بهامش جامع الفصولين — جـ ٢ — ص ١١٢ ، الطبعة الأولى .

٦٢ — ا — أما الأثــــر :

فيما روى أن عمر — رضي الله عنه — أرسل الى امرأة مغيبة (غاب عنها زوجها) يدخل عليها رجل ، فدعاها اليه ، فقالت: يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فبينا هي في الطريق فزعت فجاءها الطلق فألقت ولدا ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي — صلى الله عليه وسلم — فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء ، انما أنت وال ومؤدب ، وصمت علي ، فأقبل عليه عمر ، فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : ان كانوا قالوا برأيهم ، فقد اخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديته عليك لأنك أفزعتها ، فالقته ، فقال عمر: أقسمت عليك الا تبرح حتى تقسمها على قومك ، أى بني عدى من قريش " (١) .

٦٣ — ووجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عمر رضي الله عنه قد ضمن ما ترتب على طلبه للمرأة من ترويعها ، بعد أن استشار أصحابه وأخذ برأى عليّ وأقسم عليه أن لا يبرح حتى يقسم أثار الضمان على قومه ، فدل ذلك على أن المتسبب ضامن لفعله ، واذا كان ذلك كذلك ، كان كل ضرر أدبى يترتب عليه الضمـان .

---

(١) ارواء الغليل — جـ ٧ — ص ٢٠١ ، وراجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع — جـ ٧ — ص ٢٣٦ .
والقاعدة في ذلك : ان ضمان خطأ القاضي في بيت المال أى أن خطأه واجب في بيت مال المسلمين وليس في ماله هو، وراجع : المغنى مع الشرح الكبير — لابن قدامة — جـ ٩ ص ٥٧٩ ، ومحمد رواس قلعه جي — موسوعة فقه علي بن أبي طالب — ص ١٨١ ، دار الفكر بدمشق ١٩٨٥ م .

٦٤-٢ - ومن المعقـــول :

فقالوا : ان الحاكم افزعها فكان سببا في هلاكها ، واذا كان سببا في الضرر فيجب ضمانـــه (١).

٦٥- دليل القول الثاني :

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا :

ان عدم الضمان انما هو لعدم تعدى السبب ، لأن فعـــل الحاكم مباح في الجملة ، واذا لم يكن السبب تعديا لا يكون هنـــاك خطأ ، ومن ثم لا يجب الضمان (٢) .

٦٦- الرأى الراجح في نظرنا :

والرأى الراجح في نظرنا هو رأى جمهور الفقهاء ، لأن التلف قد حصل بسبب فعل المسئول وهذا كاف في الضمان ، كما أن الحنفية متفقون في رأيهم مع الجمهور في حالة ما اذا كان التخويف على وجـــه المفاجأة ، حيث يكون الفاعل قاتلا للمفزوع قتلا شبه عمد يوجب ديتـــه عندهم ، فكان الاتجاه الغالب لدى الجمهور هو الضمان ، وهـــو ما نرجحــــه .

---

(١) المهذب للشيرازى - المكان السابق ، والأحكام السلطانية للماوردى - المكان السابق ، وحاشية ابن قاسم على الـــروض المربع - المكان السابق حيث يقول : " وتصورهم لطلـــب السلطان قد يقتضي اشتراط كون الطالب مرهوبا ، فان كـــان غير مرهوب فلا ضمان ، ويلحق بالسلطان القاضي ، ومن لـــه سطوة يرهب منه ، وراجع حاشية الروض المربع - مع حاشيـــة ابن قاسم المذكورة - نفس المكان .

(٢) الدر المختار - المكان السابق - ومجمع الضمانات - المكـــان السابق .

٦٧ — ب — الحيلولـــة :

والحيلولة لغة : من حال بمعنى الحجز والمنع(١) وهي في اصطلاح الفقهاء تعني حبس المالك عن ملكه والحيلولة دونه حتى تلف، أو هي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى يتلف ، وقد اختلف الفقهاء في أثر هذا المنع على حق المالك على ملكه ، وهو في نظرنا حق أدبي يختلف عن حق الملكية وهو حق مالي عيني ، وذلك على قولين :

٦٨ — أولهما : للمالكية والحنابلة ; وحاصل قولهم : ان الحابس أو الحائل يجب على ضمان فعله اذا ترتب على الحيلولة هلاك المال .

ودليلهم :

ان فعله سبب في هلاك المال فيضمن (٢) .

٦٩ — وثانيهما : للحنفية والشافعية ، وحاصل قولهم أنه لا يضمن ، ولكن الحنفية قالوا : ان الحيلولة اذا وقعت بين المالك وماله المنقول ، فان الحائل يضمن ، وقيد الشافعية عدم الضمان بعدم قصد الحائل منعه من المال كالماشية مثلا (٣) .

---

(١) مختار الصحاح — ص ١٦٣ ، والمصباح المنير ، مادة : حول والقاموس المحيط ، فصل الحاء — باب اللام .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ ٣ ص ٤٤٣ ، والمغني لابن قدامة — جـ ٥ — ص ٢٢٣ ، جـ ٧ — ص ٨٣٤ ، والبهجة شرح التحفة — جـ ٢ ص ٣٤٤ .

(٣) نهاية المحتاج — جـ ٤ — ص ١١٢ ، والاشباه والنظائر للسيوطي — ص ٢٧٨ ، جامع الفصولين — جـ ٢ — ص ٨٥ .

ودليلهم :

وقد استدل الحنفية والشافعية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا : ان عدم الضمان مؤسس على أن الحائل لم يتصرف في المال ، وانما تصرف في المالك ، فلا يضمن الا اذا قصد منعه من ملكه ، ووجهة نظر الحنفية في عدم الضمان في حالة ما اذا كان المال الذى أحيل المالك عنه عقارا ،أى ليس بمنقول بأن الحيلولة دون العقار لاتؤدى في الغالب الى اهلاكه ، لأن ذلك الفعل لا يتعين طريقا لهلاكه ، فلم يصلح ذلك سببا يترتب عليه الضمان (١)

٧٠ — الرأى الراجح في نظرنا :

والرأى الذى يترجح لدينا هو الرأى الأول الذى قال به المالكية والحنابلة ، لأن أصحاب القول الثاني بما ادخلوه على قولهم من قيود . أصبح قريبا مما قرره أصحاب القول الأول الذى نرجحه ، والواقع أن تعليلهم عدم الضمان بالتصرف في المالك عليل لأنه هو الذى أدى الى تلف المال فيكون سبب الضمان قائم ،وكذلك أيضا لا محل للتفرقة بين العقار المنقول في الضرر الحاصل من الحيلولة ، لأن العقار قد يتلف أو يخرب بالحيلولة أكثر من المنقول فالتفرقة في واقع الأمر ليست بذات معنى ، ومن ثم تكون الحيلولة بين المالك وملكه سببا للضمان .

٧١ — شروط تحقق المباشرة في الضرر الأدبي :

يشترط لتحقق المباشرة في الضرر الأدبي شرطان :

الشرط الأول : أن لا يتخلل سبب أقوى بين الفعل الضار والتلف ، فاذا تخلل بين فعل المسئول الضار سبب آخر

---

(١) المراجع السابقة .

فلا تتحقق المباشرة ولا يجب الضمان ، ومن أمثلة تخلل الأسباب القوية ما يلي :

٧٢ — أ — القوة القاهرة :

وتتحقق القوة القاهرة بحصول التلف بقوة لا يستطيع الانسان أن يدفعها . وليس بامكانه ان يحترز عنها ، في هذه الحالة تحول القوة القاهرة بين تحقق المباشرة في الضرر الأدبي ، لما هو مقرر :" أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه " (١) ، ومن أمثلة تلك الحالة ما ذكره الفقهاء ، من أنه : "اذا وضع شخص جمرة على طريق فهبت بها الريح وازالتها عن مكانها فاحترقت شيئا لا يضمن الواضع، وكذلك لو وضع حجرا في الطريق ، فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع (٢) .

أقول : فاذا تحقق من جراء ما حدث بفعل القوة القاهرة في حالة الحريق ، افزاع شخص وترويعه فجن أو أصابه تلف في نفسه فلا ضمان ، وكذلك الأمر في حالة السيل ونحوه .

٧٣ — ب — تدخل خطأ شخص آخر غير المسئول :

ومن الأمثلة التي يمكن أن تفهم مما قرره الفقهاء لعدم تحقق المباشرة في الضرر الأدبي أن يتدخل خطأ شخص آخر بين الخطأ الذى وقع من المسئول وبين الضرر ، بحيث يضاف الضرر الى هذا السبب المتدخل . فلو أن شخصا حفر بئرا في الطريق ، فألقى

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية — للشيخ محمود حمزة الحسيني ، المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ — ص ٦٢ — دمشق ١٢٩٨هـ مطبعة حبيب أفندى خالد .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي — ج ٦ — ص ١٤٣ ، وشرح فتح العزيز مع الوجيز بهامش المجموع للنووى — ج ١١ — ص ٢٤٣ .

رجل نفسه فيها متعمدا أو القاه آخر فلا ضمان على الحافر(١) ، ولو ألقى شخصا من شاهق جبل فتلقاه آخر فقده ، فالضمان على القاد (٢). ومن أردى غيره في بئر فالضمان علىّ المردي وحده دون الحافر ، لأن الأول مباشر ، والثاني متسبب والمباشر مقدم في الضمان ، ولو فتح أحد قفص طائر فجاء آخر ونفره ، فالضمان على المنفر ، لأن سببه أقوى من فعل فاتح القفص فاختص به الضمان (٣) .

أقول : ولو أن المضرور قد فزع من جراء الخطأ المتدخل ، فإن الضرر الأدبي الحاصل من ذلك يكون على هذا الخطأ المتدخل .

٧٤ - جـ - قطع تسلسل الضرر بسبب آخر :

وتسلسل الضرر معناه ، أن الأذى الحاصل من فعل المسئول لم يقف عند حد معين ، ولكن ترتب عليه سلسلة من الاضرار اللاحقة ، وقد قرر الفقهاء أنه ، اذا ترتب على فعل مؤذ ضرر فأكثر ، فانه يسأل عن كل الاضرار اذا كان لفعله أثر فيها أما ان اذا انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فانه لا يضمن (٤) .

وقد مثل الفقهاء للحالة الأولى بما لو ألقى رجل قشرا في الطريق فزلقت به قدم رجل فكسرت ، ثم تسلسل الضرر بأن سرى

---

(١) مجمع الضمانات - ص ١٧٨ وما بعدها .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٤٥ .
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٣ - ص ٤٤٤ ، ومنار السبيل - جـ ١ - ص ٤٣٧ ، منتهى الارادات - جـ ١ - ص ٥٢١
(٤) المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت - ص ٢٦ مطبعة الأزهر .

الألم الى موضع آخر وادى الى وفاة المضرور فان الفاعل يضمن (١)، ولو ضرب رجلا فسقط المضروب مغشيا عليه وسقط على طفل فقتله فانـــه يضمن الضرر الواقع على الطفل لأنه بسببه (٢)، ولم يتدخل سبب آخـر يمكن أن يضاف التلف اليه .

ولكن الحالة التي هي محل الشاهد في المسألة ، تتمثـل في حالة ما اذا تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فمـا يليه ، وذلك كما لو حفـر رجل بئرا في الطريق، فجاء رجل وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر ، وتعلق الثاني بآخر ووقعوا جميعا وماتـوا فاذا لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع بعضهم على بعض ، فدية الأول تكـون على الحافر ، لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر ، وديـة الثانى تكون على الواقع الأول ، لأن الأول هو الذى دفعه، حيـث جره الى نفسـه ، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعـنى، واذا كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهـم ففى مقتضى القياس وهو قول محمد دية الأول تكون على عاقلة الحافـر، ودية الثاني على عاقلة الأول ، ودية الثالث على عاقلة الثاني وهكذا(٣)

وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بالافضاء ، ومعناه: أن يكون الفعل موصلا الى نتيجة لا تتخلف عنه الا اذا انتفت الموانع ويكـون ذلك اما بالسبب وهو ما يكون طريقا الى الحكم من غير تأثير، وأمـا بالعلة ، وهى ما شرع الحكم عنده تحصيلا للمصلحة ، كما عرفـت

---

(١) مجمع الضمانات ـ ص ١٥٣ ، وحاشية الروض المربع مع حاشيـة ابن قاسم ـ ج ٧ ـ ص ٢٢٦ ، وبدائع الصنائع ـ ج ٧ ـ ص ٢٧٥ ومغنى المحتاج ـ ج ٤ ـ ص ٨ ، والمغنى لابن قدامة ـ ج ٧ ـ ص ٧٥٥ ـ .

(٢) جامع الفصولين ـ ج ٢ ـ ص ١١٥ .

(٣) مجمع الضمانات ـ السابق ـ ص ١٨٠ ، والكافي ـ ج ٤ ـ ص ٦٨ وما بعدها ـ المكتب الاسلامى .

العلة بأنها : وصف ظاهر منضبط دل السمع على كونه معرفا لحكم شرعي (١).

٧٥ - الشرط الثاني : أن ينتفي خطأ المضرور :

ويشترط حتى يكون الضرر مباشرا أن ينتفي خطأ المضرور، فلو أن المضرور قد أدى بخطأه الى النتيجة التي حلت به ، فانه لا تتحقق المباشرة بين الفعل الضار الصادر من المسئول وبين النتيجة الضارة ، ويكون المضرور المخطيء مسئولا عما أصابه ، وهذا الحكم واضح في حالة التعدى على حق الحياة ،كما هو واضح في حالة التعدى على الشرف والاعتبار .

٧٦ - أ - أما في حالة التعدى على حق الحياة :

فقد مثل الفقهاء لذلك بما اذا تعمد رجل أن ينزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق أو يلقى بنفسه في حفرة احتفرها رجل فيه ، فلا يكون هنا ضمان على الواضع والحافر لأنهما متسببان وفعل العامد مباشر ، وطريان المباشرة على التسبب ينسخه (٢) ، وكذلك لو تقدم الى آخر ولوكان صبيا سكينا فوجأ بها نفسه ، فقتلها لا يضمن الدافع لتخلل فعل الفاعل المختار (٣) ، وكذلك لو ضرب دابة غيره فنفحته فمات فدمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه ،

---

(١) التلويح شرح التوضيح - لصدر الشريعة - جـ ٢ ص ١٣٧ .

(٢) المبسوط - للسرخسي - جـ ٢٧ - ص ٥ ، ومجمع الضمانات ص ١٧٠ .

(٣) التلويح على التوضيح - السابق - ص ١٣٨ .

ولا يضمن صاحب الدابة ما حصل له من ضرر مادى أو أدبى (١).

٧٧ — ب — وفي حالة التعدى على الشرف :

فإن حدوث خطأ من المعتدى عليه ، يهدر ما وقع عليه من ضرر يمس شرفه واعتباره وينال من سمعته بين الناس ، ويمكن أن يمثل لذلك بحالة ما اذا كان خطأ المضرور هو المماطلة وعدم أداء الحقوق الواجبة عليه مع قدرته على الوفاء ، فلو أن صاحب الحق نال من عرضه وشرفه بما يظهره أمام الناس على أنه مماطل لا يؤدى ما عليه من حقوق لا يكون في تلك الحالة مخطئا ، ودليل ذلك ، ما روى أنه — صلى الله عليه وسلم — قال: " لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته " (٢) ، حيث دل الحديث الشريف على أن لي القادر على الوفاء يمثل ظلما ، وهذا الظلم يمثل خطأ ، وهذا الخطأ يترتب عليه حل عرضه ، فلو أن صاحب الحق عنفه ، أو غلظ له القول بما ينال من هيبته ووقاره ، أو أن يشكو منه بما يظهره أمام الناس والقاضى مماطلا أكالا لحقوق الناس ، فلا يمكن تخريج هذا الفعل على أنه سبب موجب للضمان (٣) ، حتى ولو وصل الأمر الى حد رميه بالفسق ، لأن الفقهاء مختلفون في المدين القادر ، على الوفاء اذا ماطل ، هل يبلغ بالمماطلة حد الكبيرة فيفسق وترد

---

(١) التوضيح — السابق — نفس المكان ، ومجمع الأنهر — جـ ٢ ص ٦٣٥ ، والمبسوط للسرخسي — جـ ٢٧ — ص ٢ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار — جـ ٥ — ص ٣٩٠ ، ومجمع الضمانات — ص ١٤٤ ، وجامع الفصولين — جـ ٢ — ص ١١٧ .

(٢) علقه البخارى في صحيحه ، وصححه ابن حبان وحسنه الحافظ في الفتح — راجع : صحيح البخارى — جـ ٣ — ص ٢٣٨ ، وفتح البارى — جـ ٥ — ص ٦٢ ، ونيل الأوطار للشوكانى — جـ ٥ — ص ٢٧١ .

(٣) راجع في هذا المعنى : عون المعبود — جـ ١٠ — ص ٥٦ ، وسنن ابن ماجه — جـ ٢ — ص ٨١١ ، وسنن البيهقي — جـ٦ — ص ٥١ وسبل السلام — جـ ٣ — ص ٥٥ .

شهادته مرة واحدة أم لا ؟ قال : الصنعاني : ذهب الى ذلك المالكية والشافعية (١) ، وعلى هذا لا يضمن الرامي له بالفسق لأنه قد أخطأ والمخطئ لا ينبغي أن يستفيد من خطأه .

٧٨ ـ ثالثاً ـ أن يكون الضرر شخصيا :

ويشترط لكي يكون الضرر الأدبي موجبا للضمان ان يكون ماسا بشرف المعتدى عليه واعتباره على نحو ينال منه بصفة شخصية ، وقد عبر الفقهاء عن هذا الشرط فيما وضعوه من شروط تتعلق بأسلوب القذف ، وشروط تتعلق بشخص المقذوف .

أما الشروط التي تتعلق بأسلوب القذف فيبدو مما ذكروه أنه يجب أن تكون واضحة الدلالة في النيل من المصلحة المقصودة بالحماية ، وهي شرف الانسان واعتباره ، والنيل مما ينبغي أن يتقرر له من احترام وكرامة . اثبتها الله لبني آدم على وجه العموم ، كأن يقذفه بصريح الزنا ، أو ما يجري مجرى الصريح كنفي النسب ، مثل أن يقول : امك زانية ، أو لست بابن فلان ، أو هو ليس بأبيك

(١) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٥٦ ، وقد قرر الفقهاء ترتيبا على ذلك أنه يشترط لإقامة حد القذف أن يكون المقذوف محصنا رجلا كان أم امرأة ، أى عاقلا بالغا حرا عفيفا عن الزنى . فاذا تخلف شرط فلا يجب الحد ولا الضمان ، راجع : المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١٦ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٣ ـ ص ١٨٤ ، والمهذب للشيرازي ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٢ ، وما بعدها ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ، ص ٣٢٥ ، والمغني لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢٧ ، وما بعدها .

أو أنت زان وهكذا (١) ، ويلاحظ أن الرمي في الحالة الأولى مسلط على أبيه أو أمه ، ولكنه ماس به ، وفي الحالة الثانية ، فيه نسبة الزنا اليه ، فيكون ماسا به أيضا على نحو مباشر ويكون ضرره شخصيا ، فلو لم يكن القذف صريحا في افادة الضرر على نحو واضح ، فلا يكون موجبا للحد ، كما لو قال لامرأة : زنأت في الجبل (٢) ، فليس بقذف من غير نية ، لأن الزنا هو الصعود في الجبل ، فان قال لها : زنأت على الجبل : يحد بالاتفاق ، لأن على تفيد الاستقرار على الجبل ولا تدل على الصعود(٣)، ولو قال للمضرور : يا ابن القحبة لم يكن قاذفا ، لأن هذا الاسم ، كما يطلق على الزانية ، يستعمل في المهيأة للزنا وان لم تزن ، فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ، لكن هذا مشروط بعدم سريان عرف الناس وعاداتهم ، والا فان العرف اذا سرى بذلك يجب الضمان (٤) .

٧٩ — القذف بطريق التعريض :

وقد أثير بصدد اشتراط كون الضرر شخصيا ، أمر التعريض بالقذف ، وهل يصلح أن يكون سببا لاقامة موجبه وهو الحد؟، والتعريض لغة : ضد التصريح ، يقال عرض لفلان وبفلان ، اذا قال قولا وهو يعنيه ، ومنه المعاريض في الكلام وهو التورية بالشيء عن الشيء (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع — للكاساني — جـ ٧ — ص ٤٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي — جـ ٣ — ص ١٩٩ .
(٢) الزنأ : هو الصعود الى الجبل .
(٣) المهذب للشيرازي — جـ ٢ — ص ٢٧٣ .
(٤) في هذا المعنى : د . وهبه الزحيلي — الفقه الاسلامي وأدلته جـ ٦ — ص ٧٣ — دار الفكر .
(٥) مختار الصحاح — ص ٤٢٥ .

وفي اصطلاح الفقهاء : يطلق التعريض على ما يقابل الصريح في القذف، مثل أن يقول لمن يخاصمه : ما أنت بزان ،أو ما يعرفك الناس بالزنا ،أو يا حلال يابن الحلال ،أو ما أنا بزان ، ولا أمي بزانية ، ولا أبى بزان ،وقد اختلف الفقهاء في التعريض بما ينال من شرف الانسان وكرامته وسمعته ، هل يستوجب الضمان أم لا ؟ وذلك على قولين :

٨٠ـ أولهما : للحنفية وقول للامام أحمد ،وهو ظاهر كلام الخرقي ، واختيار أبي بكر :

حيث ذهب أصحاب هذا القول الى أن التعريض بالزنا لا يوجب الحد وأن نوى به القذف ، وكذلك لا يحد بالالفاظ المشتركة بين الزنا وغيره أو بما يدل صراحة على وطء غير الزنا ، مثل أن يقول لامرأة : وطئك فلان وطأ حراما ، او فجر بك فلان ، أو يقول لرجل : وطئت فلانة حراما أو جامعتها حراما ، فلا يحد اذ قد يكون الوطء حراما ولا يكون زنا ، فكان قذفه محتملا ، ولا يجب الحد مع الاحتمال ، ومثل أن يقول له : يا لوطي ، لأن في هذا القول نسبة الى قوم لوط فقط فهو محتمل في الرمي باللوطية وعدمه ولا يجب الحد بالاحتمال (١).

٨١ ـ ثانيهما : لفقهاء المالكية والشافعية ورواية عن الامام أحمد :

وحاصل هذا القول أن التعريض بالقذف يوجب الحد ، ولكن القائلين بهذا الرأى اختلفوا فيما بينهم في الشروط التى يتحقق

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام ـ جـ ٤ ـ ص ١٩١ ، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٤٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٣ ـ ص ٢٠٠ .

وجوب الحد ، فقال المالكية : ان التعريض يوجب الحد ان افهم تعريضه القذف بالزنا مع وجود القرائن كالخصام والعداوة (١) فاذا لم يفهم التعريض لا يجب الحد .

وقال الشافعية ان نوى به القذف وفسره به وجب الحد ، وان لم ينو به القذف وغيره ، والحدود تدرأ بالشبهات ، وذلك مثل أن يقول للمقذوف : يا فاجر يا خبيث ، يا حلال يا بن الحلال (٢) ، وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد أن عليه الحد وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال اسحاق ، ولكل قول أدلته .

٨٢ - أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالسنة والمعقول :

أما السنة :

أ - فيما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رجلا قال : يا رسول الله ، ان امرأتى ولدت غلاما أسود قال : هل لك من ابل ؟ ، قال : نعم ، قال : فما الوانها ؟ ، قال : حمر ، قال : هل فيها من أورق (٣) ؟ قال نعم ، قال : فأنى ذلك ؟ قال : لعله نزعه عرق ، قال : فلعل ابنك هذا نزعه عرق(٤)،

---

(١) بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤٣٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٣٢٧ ، المنتقى على الموطأ للباجي - جـ ٧ - ص ١٥٠ .

(٢) المهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٧٣ .

(٣) الأورق ، على وزن أحمر : هو الذى في لونه سواد ليس بحالك .

(٤) متفق عليه ، وفي رواية لمسلم : وهو يعرض بنفيه ، وقال في آخره ، ولم يرخص له في الانتفاء منه . سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ٣٦٢ .

٨٣ — ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان هذا القول من الرجل ينطوى على تعريض برمى زوجته بالزنا ، فهو تعريض برمى زوجته بالزنا، أو هو تعريض بالريبة ، ومع ذلك فلم يلزمه النبي – صلى الله عليه وسلم – بحد أو غيره ، فدل هذا على أن التعريض بما ينال من الشرف والاعتبار لا ضمان فيه (١).

ب — فيما روى من أبي هريرة – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا". أخرجه ابن ماجة باسناد ضعيف ، وأخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ " ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"، وهو ضعيف أيضا ورواه البيهقي عن على من قوله بلفظ : ادرؤا الحدود بالشبهات " (٢).

٨٤ — ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دل على أن الحد يدفع بالشبهة قدر المستطاع، والتعريض بالقذف يحتمل معناه كما يحتمل معنى غيره ، وهذا الاحتمال يورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهة كما جاء في الحديث(٣)

---

(١) المغنى لابن قدامة – جـ ٨ – ص ٢٢٢ ، وسبل السلام للصنعاني جـ ٣ – ص ٣٦٢ .

(٢) سبل السلام للصنعاني – جـ ٤ – ص ٣٠ – وما بعدها .

(٣) المبسوط للسرخسي – جـ ٩ – ص ١٢٠ ، وفتح القدير – جـ ٤ – ص ١٩١ .

٨٥ — ومن المعقـــول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه بالمعقول من عدة وجوه :

الأول : أن التعريض بالقذف أمره خفيف الأذى فلا يوجـــب الحـــد .

الثاني : ان الله قد فرق بين التعريض بالخطبة والتصريـــح بها ، فأباح التعريض بالخطبة اذا جاء ذلـــــك التعريـــــض في العدة ، وحرم التصريح ، فكذلك في القذف (١)

الثالث : ان التعريض بالقذف فيه احتمال القذف ، والحـــد لا يجب بالاحتمال (٢) .

٨٦ — أدلة القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني ، لما ذهبوا اليـــــه بالآثار والمعقول :

أما الآثـــــار :

أ — ما رواه الاثرم وغيره عن أحمد ، أن عمر — رضي الله عنه — حين شاورهم في الذى قال لصاحبه : ما أبي بزان ، ولا أمـــي بزانية ، فقالوا : قد مدح أباه وأمه ، فقال عمر : قد عـــرض بصاحبه ، فجلده الحد (٣)

---

(١) المغنى لابن قدامة — جـ ٨ — ص ٢٢٢ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى — جـ ٣ — ص ٢٠٠ .

(٣) رواه الامام مالك في الموطأ — جـ ٢ — ص ٨٢٩ ، وما بعدهـــا ، والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره . راجع : سنـــن الدارقطني — جـ ٣ — ص ٢٩ .

٨٧ — وجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عمر - رضي الله عنه - قد أقام الحد على من عرض بالزنا ، وهو دال على المطلوب .

ب — وبما رواه الأثرم : أن عثمان جلد رجلا قال لآخر : يا ابن شامّة الوزر (يعرض له بزنى أمه) . والوزر قدر اللحم ، يعرّض له بكمر الرجال (١) .

٨٨— ووجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عثمان رضي الله عنه ، قد أقام الحد على من عرض بالزنا ، فدل ذلك على أن التعريض بالزنا موجب له (٢)

٨٩— ومن المعقول :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول ، وذلك من وجوه :

---

(١) أخرجه الدارقطني - راجع : سنن الدارقطني - المكان السابق وقال العلامة الألباني : ضعيف ، أخرجه الدارقطني من طريق خالد بن أيوب عن معاوية بن قرة ، وهذا اسناد واه ، خالد هذا ، وقال ابن معين : لا شيء ، يعني ليس بثقة وقال أبو حاتم : هو مجهول منكر الحديث ، راجع : ارواء الغليل - جـ ٨ - ص ٤٠ .

(٢) في هذا المعنى : المغني لابن قدامة - جـ ١٢ - ص ٣٩٣ ، تحقيق الدكتورين : عبدالله التركي ، و عبدالفتاح الحلو .

الأول : قال المالكية : التعريض بالزنا كناية عنه ، والكناية قد تقوم في العادة والاستعمال مقام الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه اى مقولا بالاستعارة ، وهذا معنى قول الأدباء : الكناية أبلغ من الصريح، بدليل فعل عمر رضي الله عنه السابق (١)

الثاني : وقال الشافعية : التعريض ان نوى به القذف وفسره به يوجب الحد ، فهو بمنزلة الكناية ، والكناية توجب الحد لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة تكون الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح نظير ذلك الطلاق والعتاق ، فاذا لم ينو القذف فلا يجب الحد سواء كان التعريض في حال الخصومة أم غيرها ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، والحدود تدرأ بالشبهات (٢).

الثالث : وقال الحنابلة : ان الكناية مع القرينة الصارفة الى احد محتملاتها كالصريح الذى لا يحتمل الا ذلك المعنى ، ولذلك وقع الطلاق بالكناية ، فان لم يكن ذلك في حال الخصومة ، ولا وجدت قرينة تصرف الى القذف فلا شك في أنه لا يكون قذفا (٣) .

٩٠ - مناقشة أدلة القول الأول :

وقد وردت على أدلة القول الأول مناقشات من عدة وجوه :

---

(١) بداية المجتهد - نفس المكان السابق ، المنتقى على الموطأ نفس المكان ، والقوانين الفقهية - ص ٣٥٧ .

(٢) المهذب للشيرازى - المكان السابق .

(٣) المغنى لابن قدامة - السابق - نفس المكان .

الأول : أن حديث أبي هريرة الأول ليس فيه ما يدل على عدم اقامة الحد بالتعريض بالقذف لأنه على جهة السؤال للنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ والتعريض اذا كان على جهة السؤال . لا حد فيه ، وانما يجب الحد في التعريض اذا كان على جهة المواجهة والمشاتمة (١) .

.. كما أن هناك فرقا بين الزوج والأجنبي في التعريض ، اذا ان الاجنبي يقصد الاذية المحضة ، والزوج لا يقصدها ، فاختلفا ، كما أن الزوج معذور بالنسبة الى صيانة النسب ، فلا يعذر غيره ، اذا عرض بالقذف (٢) .

الثاني : أما حديث : ادفعوا الحدود ما استطعتم ، فقد اخرجه ابن ماجه باسناد ضعيف ، كما أخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، وهو ضعيف أيضا ، وأما رواية على ـ رضي الله عنه ـ ، فان فيها المختار بن نافع وهو منكر الحديث ، قاله البخارى ، واذا كان أمره كذلك كان ضعيفا والضعيف لا تقوم به حجة ، وقد نقل ابن حزم عن الظاهرية انكار العمل به (٣) ، على أن الحديث قد روى بعده روايات أخرى موقوفة . يصحح بعضها بعضا ، وهي تعاضد المرفوع وتدل على أن له اصلا في الجملة ، وقد قرر صاحب مرقاة المفاتيح على مشكاة المصابيح : أن الأمة قد تلقت هذا الحديث بالقبول ، حتى قال بعض الفقهاء : إنه متفق عليه ، ويقصد : على العمل به ، ومن ثم كان له أصل في الجملة ، واذا وقع ذلك فان ما يدل عليه : انه يجب أن تدفع الشبهة التى يجوز وقوعها كدعوى الاكراه ، أو ان المرأة

---

(١) سبل السلام للصنعانى ـ جـ ٣ ـ ص ٣٦٢ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .
(٣) المرجع السابق ـ جـ ٤ ـ ص ٣١ .

قد اتيت وهى نائمة ، فيقبل قولها ولا تكلف البينة على ما زعمتـــه ، وليس من ضمن ما يدفع بمقتضاه أن يترتب على تطبيقه تعطيل الحدود بدليل ما ورد في رواية علي : ولا ينبغي للامام أن يعطل الحدود ، وهى من تمامه ، ومن ثم فانه لا يرقى لأن يدفع المسئولية عن القاذف بالتعريض اقتضاء تقيدها بالشبهة التى يجوز وقوعها ، وعدم تعطيـل الحدود كما جاء في تمام رواية علي (١).

الثالث : أن ما قرروه من أن التعريض بالقذف أمره خفيف الأذى فلا يوجب الحد ، مردود بالواقع ، فالتعريض بالقذف قد يكون أشد ايلاما ونيلا من شرف المقذوف من التصريح ، كما أن قياس التعريض بالقذف على التعريض بالخطبة في الجواز قياس مع الفارق ، لأن التعريض بالخطبة مشروع في الجملة ، وأما القذف فانه مجرد عن الاباحة تصريحا وتعريضا فافترقا ، وقولهم : ان التعريض بالقذف ، يعتبر قذفا محتملا مردود بأن الضرر الواقع لا يقل ايلاما عن القذف الصريح ومن ثم صار أثره مؤكدا لا محتملا ، واذا كان كذلك كان ايجابه للضمان والحد امرا مؤكدا .

٩١ - مناقشة أدلة القول الثاني :

وأما أدلة القول الثاني فان ما يمكن أن تناقش به ، ما أخذ على أثر عثمان - رضي الله عنه - من أن الدارقطني قد أخرجه من طريق خالد بن أيوب عن معاوية بن قره ، وان اسناده واه لذلك . وما ذكره العلامة الألباني : من أنه اثر ضعيف .

أقول : لعل في حديث عمر - رضي الله عنه - ما يجبر ضعفه ويعضد حكمه ، ففي دلالته على الحكم ما يكفي .

---

(١) في هذا المعنى : المرجع والمكان السابقان .

٩٢ — الرأى الراجح في نظرنـــا :

وعلى ضوء النظر في أدلة كل قول يترجح لدينا القول الثاني للاعتبارات السابقة ، ولأن العمل به يتوائم مع ما تهدف اليـــه الشريعة الاسلامية من حفظ الاعراض والحرص على عدم النيل مـــن شرف الانسان وكرامته .

٩٣ — القذف الموجه الى جماعـــة :

ومن المسائل التي تتصل بشرط أن يكون الضرر شخصيـــا ، ما اذا كان المجنى عليه في جريمة التعدى على الشرف والاعتبـــار جماعة ، وذلك كما في حالة قذف الجماعة ، فهل يكون الضـــرر في تلك الحالة شخصيا يستوجب المسئولية والعقاب ؟ ، اتفقـــت كلمة الفقهاء على أن القذف الموجه للجماعة يستوجب العقاب ، ولكنهـم اختلفوا ، هل يتكرر الحد بتكرر عدد الجماعة أم يجزىء فيه حد واحـد، ذلك بعد اتفاقهم على العقاب في الجملـــة ، وذلك على قولين :

أولهما : للحنفية والمالكية : وحاصل قولهما أنه اذا قـــذف شخص جماعة ، فانه يحد حدا واحدا ، ووافقهم الحنابلة في حالـة ما اذا قذف الجماعة بكلمة واحدة وطالبوا جميعا أو طالب واحد منهم ، فان قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد . حـدا (١).

---

(١) المبسوط للسرخسي -ج ٩ -ص ١١١ ، وبدائع الصنائـــع -ج ٧ -ص ٤٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبيـــر -ج ٤ -ص ٣٢٧ ، والمغنى لابن قدامة -ج ٨ -ص ٣٣ ، وبداية المجتهد -ج ٢ -ص ٤٣٣ .

وثانيهما : للشافعية وزفر من الحنفية ، وحاصل قولهما : أنه اذا قذف شخص جماعة فانه يجب لكل واحد منهم حد ، سواء كان القذف لكل واحد منهم على انفراد أم بكلمة واحدة (١) ولكل قول أدلته :

٩٤ — أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه من الكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب :

فبقول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون " (٢) .

٩٥ — ووجه الدلالة في هذا القول الكريم :

ان الله تبارك وتعالى قد أمر بجلد من يرمي المحصنات ثمانين جلدة ، وقد قرر الفقهاء أن اضافة الحكم الى أمر مشتق يدل على علية ما منه الاشتقاق ، فعلة الجلد في الآية الكريمة ، هي الرمي وقد جاء الرمي مطلقا لم يفرق بين رمي الواحد أو الجماعة ، فيجب حد واحد في الحالتين ، لأنه هو المتأكد فيهما .

---

(١) المهذب — للشيرازي — جـ ٢ — ص ٢٧٥ .

(٢) سورة النور — آية ٤ .

ومن السنة النبويـــــة :

ما روى أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحمـــــاء ، فرفع الأمر الى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " فلاعن بينهمـــا ، ولم يحد هلالا لرميه شريك بن سحماء " (١)

٩٦ ــ ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يحد هلالا لقذفـــه شريكا ، ولو كان الحد يتعدد بتعدد المقذوفين لحده النبـــي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لشريك ، أما حد امرأته فقد سقط باللعـــان فعدم اقامة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ الحد على هلال يدل علـــى أن الواجب في رمى الجماعة حد واحد ، وقد سقط هنا باللعان (٢).

٩٧ ــ ومن المعقـــول :

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا اليه بالمعقـــول من وجهـــين :

الأول : قالوا : أن القذف جناية توجب حدا ، فـــاذا تكرر كفى حد واحد وذلك كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء (٣).

---

(١) أخرجه أبو يعلى من حديث أنس بن مالك ورجاله ثقاة ، كمـــا أخرجه البخارى عن ابن عباس ، راجع : سبل الســـلام للصنعانى ـ جـ ٤ ـ ص ١٦ ، ونصب الراية ـ جـ ٣ ـ ص ٣٠٦

(٢) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١١ ، وحاشيـــة الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٢٧ ، وبدايـــة المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٣٣ .

(٣) المبسوط للسرخسي ـ نفس المكان ، بدائع الصنائـــع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٤٢ ، والقوانين الفقهية ـ ص ٣٥٨ .

الثاني : أن الواقع من الرامي قذف واحد فلم يوجب الا حدا وإذا كان أمره كذلك فلا يجب تكرار الحد بقذف الجماعة .

٩٨ - أدلة القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني ، لما ذهبوا اليه بالمعقول وذلك من وجهين :

الأول : ان قذف الجماعة قد الحق العار بقذف كل واحد منهم ، فلزمه لكل واحد منهم حد ، كما لو انفرد كل واحد منهم بالقذف (١).

الثاني : أن القذف من حقوق الآدميين ، وحقوق الآدميين لا تتداخل ، أي لا يجزئ بعضها عن بعض ، وذلك كالديون والقصاص ، ومن لوازم ذلك أن يتكرر الحد بقذف الجماعة (٢).

٩٩ - الرأي الراجح في نظرنا :

والرأي الراجح في نظرنا هو القول الأول ، وذلك لأمرين :

أولهما : وضوح وجه الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية على ما ذهب اليه أصحاب هذا القول ، فالأمر بالجلد

---

(١) المهذب للشيرازي - جـ ٢ - ص ٢٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٢٣ ، وما بعدها .

في الآية الكريمة قد انيط الى مطلق الرمي ، والمطلق قطعي الدلالة في الأقل ظني الدلالة في الأكثر ، والحكم لا يناط بأمر ظني فوجب الأقل وهو حد واحد .

ثانيهما : أن القذف من حقوق الآدميين ، والأصل فيها عدم التداخل ، لكنه لم يخلص للآدمي لأن فيه حقا لله تعالى ، وهذا ما يحبذ جانب العقاب فيه ، ونظرا لأنه يغلب فيه جانب العقوبة ، والردع يحد واحد فيها كاف ، ومن ثم يتعين الاقتصار عليه ، والعار الذي لحق كل واحد منهم عار متجزئ بقدر عددهم ، فوجب أن يتجزأ لازمه وهو العقاب لذلك . ومن ثم يترجح في نظرنا ما ذهب اليه أصحاب القول الأول لذلك .

الباب الثاني

تطبيقات الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

١٠٠ ـ والمجالات التى يقع فيها الضرر الأدبي كثيرة ومتعددة بتعدد أنشطة الحياة وسلوكياتها ، ومدى الموائمة بين تلك السلوكيات ومايحكمها من تقاليد ونظم ، لكن هذه المجالات الكثيرة والمتعددة لا تتأبى عن التأصيل الذى يضع المبادئ العامة لهذه الأنواع المتعددة للضرر الأدبي ، والتى تتعدد بتعدد سلوكيات الحياة وقيمها .

ويمكن ارجاع هذه الأضرار وتأصيلها في أربعة فصول :

الفصل الأول : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده .

الفصل الثاني : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته .

الفصل الثالث : الضرر الأدبي الواقع على مشاعر الانسان .

الفصل الرابع : الضرر الأدبي الناشئ عن مجرد التعدى على حق ثابت للانسان .

الفصل الأول

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في فقه القانون.

المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في الفقه الاسلامي .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في فقه القانـــــــون

١٠١ — ومن الأضرار الأدبية ما يصيب حق الانسان في سلامة حياته (١) ، أو تكامله الجسدي ، وذلك بالضرب والجروح التي تحدث به من جراء التعدي عليه ، وكذلك أيضا ما يحدث به من التلف الذي يصيبه ، وما ينجم عن ذلك من ألم ، وما قد يعقبه من تشوهات في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ، وهذه الاضرار ابتداء قد تكون ضررا ماديا اذا تمخضت عنه ، وذلك كما لو تسببت الاصابة أو الجرح في انفاق مال على علاجها ، أو اسفرت عن نقص في القدرة على الكسب المادي ، هنا يمكن تصنيف الضرر الى ضرر مادي ، لكن الضرر اذا وقف عند حد الاصابة دون انفاق أو نقص يؤثر على الكسب المادي يكون ضررا أدبيا (٢) ، فالضرر الأدبي

---

(١) د. السنهوري — المرجع نفسه ، د. محمد لبيب شنب — موجز في المصادر غير الارادية للالتزام — ص ٢٣ — دار النهضة العربية ببيروت سنة ١٩٦٩ م ، د. محمد كامل مرسي. في الالتزام — ج ٢ فقرة ٥١ ، طبعة ١٩٥٥ ، د. أنور سلطان — مصادر الالتزام — ص ٥٢٥ ، طبعة ١٩٦٢ م ، د. جميل الشرقاوي — في النظرية العامة للالتزام — ص ٤٨٥ ، طبعة ١٩٨١ م ، د. سمير تناغو — المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام — ص ٢٤٩ — طبعة ١٩٧٠ م .

(٢) في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري — المرجع نفسه . د. أحمد حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، فقرة ٤٦٧ وما بعدها — مطبعة مصر سنة ١٩٥٤ م ، د. سليمان مرقس — الفعل الضار — فقرة ٢٥ .

المتمثل في الآلام الجسدية والنفسية التى عاناها المضرور من جراء الاصابة ، لا يتضمن الا خسارة بعض القيم غير المالية كالسعادة والتخلص من الآلام والجمال ومتع الحياة ، كما يضاف الى ذلك فقد الامكانيات غير الظاهرة لدى المضرور اذا كان طفلا أو شابا (١) وهو ما يتمخض عن المساس بالتكامل الجسدى .

١٠٢ ـ وينبغى عدم الخلط بين المساس بالتكامل الجسدى كضرر أدبي يستاهل التعويض مستقبلا عن غيره من الاضرار ، والقدرة على العمل معه ، وبين الاجر الذى يستحقه العامل معه من أجر ، ربما يكون الضرر قد انتقص منه ، مع أن نقص الأجر لا يمثل القيمة الحقيقية للقدرة على العمل بصفة عامة مما يثير سؤالا هو : هل يوضع في الاعتبار عند تعذر التعويض الانتقاص الذى حدث في القدرة على العمل ، أم الانتقاص الفعلي الذى لحق بالأجر؟ فقد يصل الانتقاص في القدرة على العمل الى ٥٠٪ بينما لا ينخفض الأجر الا في حدود ١٠٪ ، وقد اتفق الفقه والقضاء على أنه في مجال حوادث العمل ، لا ينظر في تقدير الضرر في هذه الحالة الى الأجر الذى كان يقبضه المضرور فعلا بعد الحادثة ، لأن هذا الأجر لا يتحدد على أساس قدرة المضرور على العمل بعد الحادثة ، لأن الأجر قد لا ينقص بعد الحادث بنسبة انتقاص القدرة على العمل (٢) ، وعلى ذلك فان الأجر الذى يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض هو ذلك الأجر المعتاد الذى كان المضرور يستطيع الحصول عليه بما بقي

---

(١) د . أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥ ، والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) د . أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٧ ، هامش (٨٧) .

لديه من القدرة على العمل بعد الحادثة وبعبارة أخرى ، هو الأجر الذى كان يحصل عليه قبل الحادثة بعد تخفيضه بما يعادل نسبة انتقاص القدرة على العمل ، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض الفرنسية : " أن هناك بالضرورة تناسبا بين انخفاض القدرة على العمل والانخفاض المعتاد للأجر (١)

واذا كان المساس بالتكامل الجسدى لا يسبب للمضرور ، ضررا ماديا اذا استمر في قبض اجره المعتاد بالرغم من عجزه عن العمل ، فانه يسبب له ضررا أدبيا يتمثل فيما فقده من مميزات غير مالية ، أن المساس بالتكامل الجسدى يتضمن ، فيما يتضمنه اعتداء على المميزات غير المالية التى يخولها هذا التكامل للمضرور ، ومعنى ذلك أن الاعتداء على جسم الانسان لا ينتج عنه فقط عجز المضرور عن العمل ، ولكن أيضا الانتقاص من الامكانيات التى تخولها له حياته الشخصية وبصفة خاصة الامكانيات الأدبية أو فقدها (٢) .

١٠٣ - أثر الوفاة في تحديد عناصر الضرر الأدبي :

واذا اقتصر الضرر على مجرد اصابة المجنى عليه في جسمه فقد تقدم أن ذلك يمثل ضررا ماديا يشمل تكاليف العلاج ، والعجز عن الكسب المدة اللازمة للشفاء ، وفوات الفرص المالية التى كان المجنى عليه يستطيع أن ينتهزها في هذه الأثناء لولا الاصابة التى اعجزته ، كما تسبب له أيضا اضرارا أدبية تتمثل في الآلام الجسمية والنفسية التى عاناها من وقت الاصابة الى وقت تمام الشفاء ، وكذلك

---

(١) نقض مدني فرنسي في ٢٠/٣/١٩١٢ ، دالوز ١٩١٢ - ١ - ٢٣٦١ .

(٢) د . أحمد شرف الدين - نفس المرجع - ص ٢٧ وما بعدها .

الاخلال بالتكامل الجسدى على نحو ما رأينا ، ومتى شفى المصاب وقفت هذه الاضرار جميعا عند الحد الذى بلغته وقت الشفاء، وأمكن عندئذ تقديرها جميعا ووجب أن يشملها التعويض كلها (١) .

ويكون نشوء هذا الحق في التعويض في ذمة المضرور شخصيا ، ثم يؤول من بعده ضمن تركته الى ورثته ، ويقسم بينهم وفقا لقواعد الميراث الشرعي وذلك بقطع النظر عما يمكن أن ينشأ لكل من هؤلاء الورثة من حق في تعويض خاص به عن الضرر الذى يصيبه شخصيا ، ومعنى ذلك أنه في هذه الحالة يكون للوارث حقان : حقه الموروث وحقه الخاص الذى نشأ في ذمته مباشرة لتعويض ما أصابه شخصيا من ضرر مرتد (٢) .

١٠٤ — التمييز بين الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية :

فاذا ترتب على الفعل الضار ضرر أصلى أصاب المورث ، وضرر أصاب ورثته ، فان حقا في التعويض ينشأ مقابل كل واحد من هذين الضررين ، الأول : ينشأ في ذمة المضرور الأصلي ، ويمكن أن ينتقل الى ورثته بعد وفاته بعد أن يستوفي دائنو المورث حقوقهم، وما يتبقى من هذا التعويض ، يوزع على الورثة بحسب انصبتهم الشرعية، وأما بالنسبة للحق في التعويض عن الضرر المرتد على الوارث ، فهو

---

(١) د . سليمان مرقس — الوافى — العقل الضار — ص ١٦٩ .

(٢) المرجع السابق — ص ١٧٠ .

حق شخصي يثبت لكل وارث ، بل لكل قريب للمجنى عليه ولو لم يكن وارثا وفقا للمادة ٢٢٢/٥ من التقنين المدني المصرى . اذا أصابه ضرر شخص من جراء الضرر الأصلي الذى أصاب المجنى عليه (١)

وقد أشارت المادة ٢٢٢ مدني مصرى في فقرتها الأولى ، الى الدعوى الوراثية ، أما الفقرة الثانية من هذه المادة . فانها تعالج الدعوى الشخصية للمطالبة بالتعويض عن الألم الذى أصاب أقارب المجنى عليه من جراء وفاته ، والحق في رفع هذه الدعوى الشخصية مقصور على أقارب المجنى عليه الي الدرجة الثانية ، وزوجه ولو لم يكونوا من الورثة (٢) ، كما يلاحظ أنه بينما تعالج المادة ٢٢٢/١ ، كل أنواع الضرر الأدبي ، فان الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا تعالج الا نوعا واحدا منه هو الألم المترتب على وفاة المصاب ، غير أن هذا الضرر الأخير يتقيد من حيث انتقال التعويض عنه الى الغير بالقيود التى نصت عليها الفقرة الأولى (٣) .

فكأن المطالبة بحق المجنى عليه تكون بمقتضى الدعوى الوراثية أما المطالبة بحق المضرور بطريق الانعكاس فتكون بمقتضى دعوى شخصية (٤) ، الأول يباشرها الوارث بصفته خلفا للمجنى عليه ، والثانية : يباشرها بصفته وبأسمه الشخصي ، فاذا كان القريب وارثا للمضرور فانه يمارس الدعويين بصفتين ، الأولى بصفته وارثا ، والثانية بصفته الشخصية .

---

(١) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٦٠ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : محكمة النقض الجنائي في ١٧/١/١٩٦٩ـ المجموعة:السنة ٢٠ ص ١٦٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٢ ، وانظر تطبيقا لذلك : حكم محكمة النقض الجنائي المصرى في ٢٨/١١/١٩٥٠ـ مجلة التشريع والقضاء ـ ٤ ـ ١١٣ ص ٩٢٧ ، تعليق د . سليمان مرقس .

(٤) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٦١ .

للمضرور فانه يمارس الدعويين بصفتين ، الأولى : بصفته وارثـــــا ، والثانية : بصفته الشخصيـــة .

١٠٥ ـ الضرر في كل من الدعويـــين :

وتتميز كل من الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية من الأخـــرى من حيث الضرر الذى تهدف الى تعويضه ، فبينما تهدف الدعـــوى الوراثية الى تعويض ما أصاب المورث من ضرر قبل وفاته ، فان الدعوى الشخصية ترفع للمطالبة بتعويض الضرر الذى لحق الورثة شخصيـــا تبعا للضرر الذى أصاب مورثهم في جسمه أو في حياته (١) .

ويترتب على ذلك أنه يتعين على من رفع الدعوى الوراثيـــة أن يثبت الضرر الذى لحق مورثه ، أما من يرفع الدعوى الشخصيـــة فيلزمه اثبات ما أصابه هو من ضرر ، كذلك على من يباشر الدعـــوى الوراثية أن يثبت صفته كوارث للمجنى عليه ، بينما لا يطلب ممـــن يباشر الدعوى الشخصية ان يثبت تلك الصفة ، فيكفى أن يثبت مـــا أصابه من ضرر . أما بالنسبة للضرر الأدبي ، فلا تقبل الدعـــوى الشخصية في القانون المدني المصرى الا من زوج المجنى عليـــه أو أقاربه الى الدرجة الثانية في حالة وفاته (٢) .

---

(١) د . السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ فقرة ٥٧٩ ـ ص ٩٨٦ .

(٢) اذا كان الضرر الأدبي الذى أصاب المجنى عليه قد لحـــق به في جسمه فقط دون حياته ، فان دائرة الأقارب الذيـــن يحق لهم المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر أدبـــي بطريق الانعكاس تضيق ، لأنه كلما كان الضرر الذى حـــل بالمصاب الاصلى أخف ، كان تألم أقاربه لضرره أقل ، فـاذا تضاءل ذلك الضرر واقتصر على أن يكون ضررا أدبيا فحســب ،

ـ

ولما كان الضرر الذى يصيب المجنى عليه هو ضرر واحد بعكس الضرر الذى يصيب ورثته فانه ضرر يتعدد بقدر عددهم ، فانه اذا طالب أحد الورثة بتعويض الضرر الذى أصاب مورثهم وحصل عليه لم يجز لغيره من الورثة أن يعود ويطالب بنفس التعويض ، وعلى العكس لا يمنع أحد الورثة من المطالبة بتعويض ما أصابه شخصيا من اضرار أن يكون غيره من الورثة قد حصل على تعويض بمقتضى دعوى شخصية رفعها للمطالبة بتعويض ما أصابه شخصيا من أضرار ، فالحق المخول لورثة المجنى عليه في المطالبة بتعويض الضرر الذى لحقهم ، هو حق بشيء قابل للتجزئة ، أى أنه خاص بكل وارث على حدة وبنسبة الضرر الذى لحقه شخصيا (١) ، ويتم تقدير التعويض فيه على أساس ما وقع من ضرر لا بنسبة نصيبه في الارث (٢) .

- فالغالب أن لا يكون هناك محل لتعويض أقارب المصاب الأصلى عما قد يدعونه من ضرر أصلى مرتد ، ومن الصعب أن يتصور تعويضا يعطى عن الضرر الأدبي في تلك الحالة لغير الأب والأم . الوسيط للسنهورى - المكان السابق - ص٨٧١ ، د . سليمان مرقس - المكان السابق - ص ١٦٢ .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣/١/١٩١٤ ، المجموعة الرسمية س ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ ، ومحكمة الاستئناف الأهلية في ٧/٢/١٩٢٨ ، مجلة المحاماة ، السنة ٨ رقم ٥٢١ - ص ٨٦٦ ، حيث تقول : " اذا دخل بعض الورثة أمام المحكمة الجنائية مدعين بحق مدنى عن قتل مورثهم ، وقضت المحكمة لهم بالتعويض جاز لباقى الورثة المطالبة أمام الجهة المختصة بتعويض ما أصابهم شخصيا من الضرر " ، وفي نفس المعنى : محكمة استئناف مصر في ٥/٢/١٩٢٧ - المحاماة س ٧ رقم ٤٩٨ ص ٧٨٣ حيث تقول : " ان التعويض المحكوم به للأم نظير وفاة ولدها لا يمنع من تعويض الوالد من الوجهة القانونية ، فان لكل منهما شخصية مستقلة يتبعها حق مستقل في المطالبة بالتعويض عما لحقه شخصيا من الضرر " .

(٢) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦٥ ، وما بعدها ، والأحكام المشار اليها فيه .

١٠٦ — آثار اختلاف الضرر في كل من الدعويين :

ويترتب على اختلاف الضرر في كل من الدعويين عدة نتائج :

أولها : ان التعويض الذى حكم به في الدعوى الوراثيـــة بحسب الانصبة الشرعية لتوزيع التركة ، أما التعويض الذى يحكم بـــه في الدعوى الشخصية فانه يقدر طبقا لمقدار الضرر الذى أصاب كـــل وارث على حدة .

ثانيها : الاصل أن الحكم الصادر في الدعوى الوراثية فيمـــا يتعلق بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور المباشر لا يحتج به فـــي الدعوى الشخصيـــة .

ثالثها : لا يوزع التعويض المحكوم به في الدعوى الوراثيـــة على الورثة الا بعد أن يستوفى دائنو المجنى عليه (المورث) حقوقهم اما التعويض الذى يحكم به في الدعوى الشخصية فليس لدائني المورث أى حق عليه لأنه ليس من بين عناصر التركـــة (١)

رابعها : الصلح الذى أبرمه المضرور قبل وفاته مع المسئـــول يحتج به على الورثة في الدعوى الوراثية ، لأن الصلح باعتباره عقـــد ينتج أثره في مواجهة المتعاقدين وخلفهما العام . ولكن لا يحتـــج بهذا الصلح في الدعوى الشخصيـــة (٢).

---

(١) د . السنهورى — الوسيط — جـ ١ — ص ١٠٤٠ هامش (٢) ، د . سليمان مرقس — المسئولية — ص ٦٩ ، د . أحمـــد شرف الدين — السابق — ص ٦٧ .

(٢) د . أحمد شرف الدين — المرجع والمكان السابقان .

١٠٧ — الضرر الأدبي الناتج عن الوفـاة :

اذا تطور الضرر الأدبي الناتج عن اصابة المجني عليه وأدى الى موته ، فلا شك في أن الموت أيضا يضع حدا للاضرار الأدبية الناشئة عن الألم فتتحدد نهائيا ويستحق عنها التعويض ، ولكن أيستوى الأمر من حيث حصر عناصر الضرر بين انتهاء الاضرار بسبب شفاء المصاب ، وبين انتهائها بموته متأثرا باصابته ؟ وبعبارة أخرى ،ألا يعتبر الموت الذى ينشأ عن الاصابة ضررا آخر متميزا عن تلك الأضرار التى سبقته ويجب اضافته الى عناصر الضرر الأخرى المشار اليها عند تقدير قيمة التعويض الذى نشأ الحق فيه في ذمة المصاب ؟ أليس ازهاق الروح مساسا بحق المجنى عليه في الحياة وبالتالي يعد ضررا يستوجب التعويض في ذاته وبقطع النظر عن الأضرار الأخرى التى سبقته (١)

ويبدو أن الأمر من البداهة بحيث لا يستحق هذا التساؤل ومع ذلك فقد اختلفت انظار الشراح فيه ، وتفرقت أقوالهم ، وأساس هذا الاختلاف : أن القول بأن الموت غير الطبيعي ، وهو مساس بالحق في الحياة يعتبر في ذاته ضررا موجبا التعويض ، انما يقتضي وبالضرورة ثبوت الحق في التعويض لشخص المجني عليه نفسه الذى فقد الحياة ثم انتقاله من بعده ان أمكن الى ورثته ،أى أنه يقتضى أن يثبت للمجنى عليه الذى يموت متأثرا باصابته حق شخصى في التعويض عن موته متميز عما قد يثبت لورثته من حق آخر في التعويض عما أصابهم من اضرار بسبب موت مورثهم ولكن متى يثبت هذا الحق للمجنى عليه ؟ اقبل موته ، وضرر الموت لم يقع بعد(٢) أما بعد موته وبالتالي بعد

---

(١) د . سليمان مرقس : بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية -ص ٢٣٣ ، الفعل الضار -ص ١٧٠ .

(٢) راجع : حكم محكمة مصر الابتدائية ١٩٢٣/١٢/١٠ م ، المحاماة -السنة ٤ رقم ٣٥٢ -ص ٤٥٦ ، وحكم النقض الجنائي المصرى في ١٩٤٦/٣/٢٥ -المحاماة -السنة ٢٧ ،ملحق جنائي رقم ٧٢ -ص ١٢١ .

انقضاء شخصية ، وزوال صلاحيته لتعلق الحقوق بها ونشوئها في ذمته ؟ (١) وقف كثير من الشراح عند هذه الصعوبة ، وتفرقت بهم السبل الى رأيين :

١٠٨ ـ الرأى الأول : وقد اضطر القائلون به الى التسليم بأن ضرر الموت لا يقابله حق في تعويض وعللوا ذلك بأن كل نفس ذائقة الموت ان آجلا أو عاجلا ، وأنه لا محل اذن لطلب تعويض عن الموت في ذاته ، ولا سيما أن الميت لا يحس شيئا فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق (٢) .

١٠٩ ـ تقييم هذا الرأى :

غير أن هذا الرأى رغم ما قد يبدو في أسانيده من أسس منطقية ، مردود من عدة وجوه :

الأول : ان الموت وان كان حقا على كل انسان ، وكان لا يستوجب التعويض اذا وقع قضاء وقدرا ، فمن المؤكد ، بل والراجح انه يستوجبه اذا حدث بفعل فاعل ، اذ يكون هذا الفعل في الغالب وكما يبدو من ظاهره ، قد استعجل الموت وقصر الحياة (٣) .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٧١ .

(٢) د . محمود مصطفى ـ شرح قانون الاجراءات الجنائية ـ ص ١٥١ ـ طبعة ١٩٥٥ م .

(٣) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية : " إنه وان كان الموت حقا على كل انسان الا ان التعجيل به بفعل الغير من عمد أو عن خطأ ، يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا هو ابلغ الضرر اذ يسلبه اثمن ما يملكه الانسان وهو الحياة " جنائي في ١٩٦٧/٣/١٤ م ـ المجموعة الجنائية السنة ١٨ ـ ص ١٤٥ .

الثاني : ليس من المستساغ ولا من المقبول مطلقا ، القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي كما أن فقدها يعتبر من أعتى المصائب ، لأنه فوق الألم الجسماني والنفسي الذى يصاحبه ،يحرم الانسان كل متعة ، ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته (١)٠

الثالث : انه وان كان صحيحا ما يقال من أن حق المجنى عليه في تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوبه بعد الموت، فانه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة. كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به عن كل الاضرار المحققة التى نشأت من هذا الفعل الضار ،والتى تنشأ عنه فيما بعد ، ما دامت تعتبر نتيجة مباشرة له ، فينشأ الحق في التعويض عن الموت من قبل وفاة المجنى عليه . وبمجرد وقوع الفعل الضار متى صار من المحقق ان الاصابة ستفضى الى الموت ، وهو ينشأ في الحالة التى تقتصر فيها الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب من الموت الذى يصير فيه الموت محقق الوقوع ولابد أن يصير الموت كذلك قبل وقوعه فعلا ، ولو بلحظة واحدة ففي هذه اللحظة ينشأ الحق في التعويض ويكون نشوؤه سابقا على وقوع الموت (٢) .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ المرجع النفسه ـ ص ١٧٢ ٠

(٢) د . احمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٥٣ ، والمراجع المشار اليها ٠ د ٠ سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٧٢ ، وقارن : د . السنهوري ـ الوسيط ـ ج ١ ص ١٠٤١ هامش (١) حيث يرى ان الضرر قد حاق بالميت عند الموت لا قبله ولا بعده .

والقول بامتناع الحق في التعويض على المجنى عليه الذى يموت عقب الاصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الاصابة ، يؤدى الى نتيجة يأباها العقل والقانون : هي جعل الجاني الذى يقسوا في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فورا ، في مركز يفضل مركز الجاني الذى يقل عنه قسوة واجراما ، فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت ، وفي ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض (١).

١١٠ _ الرأى الثاني : وقد قال به كثير من الشراح ، حيث ذهبوا الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له في التعويض من موته ، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ، ولو ادى الفعل الضار الى الوفاة فورا ، لأن الموت ما دام قد جاء نتيجة للفعل الضار ، فلابد أن يكون السبب قد تقدم المسبب ويكون نشوء الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة (٢).

---

(١) نقض مدني مصرى في ١٩٦٦/٢/١٧ ، المجموعة _ السنة ١٧ رقم ٤٧ _ ص ٣٣٧ ، وراجع : د . أحمد شرف الدين السابق _ ص ٥٥ ، د . سليمان مرقس _ السابق _ ص ١٧٣ .

(٢) من هذا الرأى : مصطفى مرعى _ السابق _ فقرة ٣٢٥ ، ود . عبدالرزاق السنهورى _ الوسيط _ ج ١ _ ص ٩١٨ ، هامش (٣) حيث يقول : " فاذا كان الضرر الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال . فهل يجوز للوارث ان يطالب بالتعويض بوصفه خلفا عن المضرور؟ وهل يجوز القول بأن الموت ضرر مادى يصيب الميت؟ لا شك في ذلك ، فقد فقد الميت أثمن شيء مادى يملكه وهي الحياة ولا يقال ان كل نفس ذائقة الموت ، وان الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت في ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتا غير طبيعي . وهذا ضرر

_

ذلك أنه من الأمر المسلم به ان مصدر الحق في التعويض عن أى ضرر هو الفعل الضار ، وهو في موضوع الاعتداء الذى ادى الى وفاة المجنى عليه ، وينشأ هذا الحق في التعويض يوم وقوع الضرر، ولم يرد في نص المادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصرى ما يعالج مسألة نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت ، ولكن المادة قد عالجت مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، ولم يرد نص خاص يمنع نشوء هذا الحق في حالة الموت ، واذا كان من المسلم به ان مصدر الحق في التعويض هو الفعل الضار ، وهذا الفعل الضار لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت ، كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه ما زال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذى لحقه . حسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته ، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، ويحق لهم بالتالى ، مطالبة المسئول بجبر الضرر الذى لحق مورثهم من جراء الجروح التى أحدثها

ـ لا شك فيه ، ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لم يمت ، أم بعد الموت ، والميت لا يجوز عليه الضرر ! ، ذلك ان الميت قد حاق به الضرر ، لا قبل الموت ولا بعد الموت . ولكن عند الموت " . وراجع نقض جنائي في ١٩٤٤/٣/١٤ والتعليق عليه من د . سليمان مرقس ـ في بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية وغيرها ـ ص ٢٢٤ وما بعدها ـ طبعة سنة ١٩٨٧م د . أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٠ ، والأحكام المشار اليها فيه .

به ، ومن جراء الموت الذى أدت اليه تلك الجروح(١) فالحق في التعويض عن ضرر الموت ينشأ قبل وفاة المضرور ، متى كان هذا الضرر محققا ، بان بات من المؤكد أن الاعتداء سيفضي الى موت المجني عليه ، حتى انه اذا كان الموت محتمل الوقوع فحسب فان الحق في تعويضه ينشأ من الوقت الذى يصير فيه محقق الوقوع . وهو يصير كذلك قبل وقوعه ولو بلحظة واحدة (٢) ، وحتى لو قلنا بأن الضرر الذى حاق بالمجنى عليه يكون معاصرا للموت ، فان الحق في تعويضه لا ينشأ لميت ، ولكنه يقوم لانسان حي في طريقه للموت (٣) .

.. ويخلص أصحاب هذا الرأى الى أن القول بثبوت الحق للمجنى عليه في التعويض عن موته يتفق مع الواقع والقانون والعدالة ،

---

(١) د . أحمد شرف الدين – المرجع نفسه – ص ٥٣ ، وراجع حكم محكمة النقض الجنائي في ١٩٦٧/٣/١٤ سابق الاشارة اليه وهذه المطالبة تكون وفقا لاحكام المسئولية العقدية ، اذا كان الضرر قد نشأ من جراء الاخلال بالتزام نشأ عن عقد بين المجنى عليه والمسئول كعقد النقل – د . على يونس – العقود التجارية – ص ٢٩١ ، ود . اسماعيل غانم – المسئولية التعاقدية – دروس لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق – جامعة عين شمس ، عام ٧٥ / ٧٦ – ص ١٢ . وقد تكون المطالبة وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية عن نفس الخطأ اذا اصاب الورثة بضرر مرتد فهنا تستند الدعوى الشخصية الى قواعد المسئولية
راجع : د . اسماعيل غانم السابق – ص ١٤ ، د . على يونس – السابق – نفس المكان ، وعلى البارودى – العقود وعمليات البنوك التجارية – ص ١٣٨ ، د . أحمد شرف الدين – السابق ص ٦٩ .

(٢) راجع : حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٥/٥/١٢ – مجموعة أحكام النقض لسنة ١٦ – ص ٥٧٠ رقم ٩٣ .

(٣) د . السنهورى – المرجع نفسه – ص ١٠٤١ ، د . أحمد شرف الدين – المرجع نفسه – ص ٥٤ .

اذا كان هذا الحق يدخل في ذمة المضرور قبل وفاته . كما يدخل فيها الحق في التعويض المقابل للاضرار المترتبة على الاصابة الجسدية بحيث يجد ورثته هذين الحقين في تركته .

١١١ — موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر :

وقد حصل انقسام كبير بين المحاكم في فرنسا بسبب الأخذ بأى من هذين الرأيين فاخذت بعض المحاكم بالرأى الأخير، وذهبت مع القائلين به ، الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له في التعويض عن موته ، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجني عليه قبل حدوث الوفاة ، ولو ادى الفعل الضار الى الوفاة فورا ، لأن الموت ما دام نتيجة للفعل الضار ، فلابد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب ، ويكون نشوء الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة (١) بينما جنحت الى الأخذ بالرأى الأول غالبية المحاكم (٢).

ويبدو أن المحاكم المصرية قد أخذت في أول الأمر بهذا الذى استقر عليه رأى غالبية المحاكم الفرنسية ، فقضت في حكم لها اصدرته محكمة الاستئناف المختلطة بأن ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق في التعويض الذى يلزم به الجاني عن وفاة

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٧٣ ، والمراجع المشار اليها فيه ، وراجع حكم محكمة استئناف انجيه Angers في ١٢/٥/١٩٢٩ مشار اليه في: Dalloz; 1929 - 1- 16؟

وحكم محكمة استئناف أورليان في ٢٥ مارس ١٩٢٩ ، مشار اليه في د . سليمان مرقس ـ المصدر السابق ـ ص ١٧٤ .

(٢) حكم محكمة السين الابتدائية في ٩ يناير سنة ١٨٧٩ م
Sirey, 1881 - 2 - 21
وحكم محكمة تولوز في ١٧ ابريل سنة ١٩٠٢ م.
Sirey, 1905 - 2 - 81
وحكم محكمة اميان في ١٠ يولية سنة ١٩٠١ م .
Sirey, 1902 - 2 - 8
وحكم محكمة بيزانسون في أول ديسمبر سنة ١٨٨٠م
Dalloz, 1881 - 2 - 65

المجنى عليه ، لأن هذا التعويض لم يستحق الا بسبب هذه الوفاة ومن ثم لم يدخل قط في ذمة المتوفى (١) ، وقضت محكمة مصر الابتدائية : بأن المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضا عن موت مورثه ، ليس مالا متروكا عن المورث ، بل هو تعويض شخص يعطى للوارث من باب السلوى عما فقده من النفع ، ونكب به من الخسارة ، وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجر عليه وفاء لدينه الذى كان له على المورث (٢) ، وفي حكم آخر قضت بأن مبلغ التعويض الذى تعطيه مصلحة السكك الحديدية الى ورثة موظف توفي في اصابة أثناء العمل يعتبر مملوكا لهم شخصيا نظير ما نالهم من ضرر أدبي بسبب موته ، ولا يعتبر تركة تورث عنه يمكن الحجر عليها بسبب دين على المتوفى (٣) ٠

١١٢– قد حكمت محكمة النقض المصرية بمقتضى هذا الرأى في حكم لها بتاريخ ١٩٥٦/٣/١٢ م ذهبت فيه الى أنه : لا يمكن القول بأن المجنى عليه قد لحقه ضرر مادى يورث عنه الا اذا كان قد أصابه هو نفسه ضرر في حق أو مصلحة يمكن أن يترتب عليه تعويض يدخل في ذمته ، ويتلقاه عنه ورثته ، كأن يكون قد انفق مالا في العلاج أما اذا كان الضرر الذى جعله المدعى بالحق المدني أساسا لدعواه قد نشأ مباشرة عن موت المجنى عليه ، فان هذا الضرر الأدبي لا يمكن

(١) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٩٣٥/١١/٢١ ، ١١/٢/ ١٩١٩ م ، مشار اليهما في د٠ سليمان مرقس – السابق – ص ١٧٤ هامش ١٠٧ ٠

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ١٩٢٢/١٢/١٠ م ، مشار اليه بمجلة المحاماة ٤ – ٤٥٦ – ٣٥٢ ٠

(٣) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ١٩٢٥/١٠/٢٠م ، المحاماه ١٦ – ٣٣٧ – ١٤١ ٠

أن ينتقل الى الورثة لعدم قيام الشرط المنصوص عليه في المادة ٢٢٢ من القانون المدني (١)

ويلاحظ كما يقول الدكتور سليمان مرقس : ان الرأى الذى ذهبت اليه كثرة المحاكم الفرنسية وأحكام المحاكم المصرية يؤدى الى القول بأن ورثة المجنى عليه لا يجدون في تركته حقا في التعويض عن موته ، وانما يجدون فيها حقه في التعويض عن الأضرار الأدبية

---

(١) نقض جنائي في ١٣ مارس سنة ١٩٥٦ م ، مجموعة أحكام النقض الجنائي ٧ — ٣٣٠ — ٩٩ ، وقارن حكم نفس المحكمة في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ، حيث ذهبت الى عكس ذلك في القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية ، حين قالت : " اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه . فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائها ، لأن من حقه بصفته وارثا له ، أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبي الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار ان هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور . وما دام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في التعويض ، فلا محل لافتراض هذا النزول ، واستنتاجه من وفاته قبل رفع الدعوى عن التعويض — مجلة المحاماة ٢٦ — ٥٦٥ — ٢١٢ ، وقد علق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم بقوله : ويظهر بداية من ذلك أن محكمتنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالا مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته في جميع الأحوال ولو كان المصاب لم يطالب بهذا الحق قبل وفاته ما دام لم يتنازل عنه صراحة ولا ضمنا . ويلاحظ أن هذا الحكم يتضمن خروجا على المبدأ الذى سارت عليه الأحكام السابقة ، راجع : بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية وغيرها — ص ٢٢٤ وما بعدها طبعة ١٩٨٧ م .

التى يكون قد تحملها قبل موته (١) ، أما الرأى الذى ذهبت اليه قلة من أحكام المحاكم الفرنسية ، وكثرة من الشراح فيؤدى الى القول بثبوت حق للمجنى عليه في التعويض عن موته ، لوجود هذا الحق في ذمته المالية ، وبانتقاله الى ورثته وفقا للقانون الفرنسي في جميع الأحوال ، ووفقا للقانون المصرى اذا اعتبر ضرر الموت ضررا ماديا ، أو اذا اعتبر ضررا أدبيا ، وكان المجنى عليه قد طالب به أو اتفق عليه قبل وفاته (٢).

وقد أخذت المحاكم المصرية منذ أكثر من ثلاثين سنة تتحول الى هذا الرأى الذى قالت به كثرة الشراح ، واقرتها على هذا الاتجاه محكمة النقض المدنية حيث قررت في حكم لها صدر في ١٧/٢/١٩٦٦ مخالفا لما سبق أن قررته دائرتها الجنائية فقالت : اذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير ، فان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة مهما قصرت ، كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ، ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذى لحقه ، وحسبما يتطور اليه هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فان ورثته يتلقونه عنه في تركته ، ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر الذى سببه لمورثهم ، لا من الجروح التى أحدثها به فحسب ، وانما أيضا من الموت الذى أدت اليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها (٣) ، ولأن الفترة التى تفصل بين ثبوت هذا الحق للمجنى عليه وهو لا يثبت له الا في الوقت الذى يصير موته فيه محقق

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٧٦ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) حكم محكمة النقض المدني المصرية في ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦م ، مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٣٣٧ ـ ٤٧ ونقض مدني في ٣٠ يناير سنة ١٩٨١ في الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٨ ق ، ونقض ١٩ مايو سنة ١٩٨٣ م في الطعنين رقمي ١٨٨٤ ، ١٨٦٤ لسنة ١٩٥٢ ق . مشار اليهم في د . سليمان مرقس . المصدر السابق ـ ص ١٧٨ في الهامش .

الوقوع - وبين موته يغلب أن تكون فترة قصيرة يقضيها المجنى عليه في آلام مبرحة وخوف من الموت فانه يندر جدا أن يباشر المجنى عليه هذا الحق ، وأن يطالب به أو يحصل على حكم به في حال حياته فاذا اعتبر ضرر الموت ضررا أدبيا محضا ، انقضى الحق في التعويض عنه ، بموت المجنى عليه دون أن يطالب به قضاء ، أما اذا اعتبر بالعكس من ذلك ضررا ماديا كان الحق في التعويض عنه حقا ماليا ماديا منذ نشوئه أى أنه يولد مباشرة في ذمة الشخص المالية ، ويوجد في تركته عند موته ، وينتقل معها الى ورثته . لذلك يكون من المهم تكييف ضرر الموت من حيث اعتباره ضررا أدبيا بحتا أو ضررا ماديا .

١١٣ — الفقه والقضاء يعتبران الموت ضررا ماديا محققا :

من الواضح أن موت المجنى عليه ينطوى على مساس بحق الحياة ، وهذا الحق غير مالي ، فيكون ضرر الموت ضررا غير مالي ، أو بعبارة أخرى ضررا أدبيا محضا ، ولكن هذا الاعتبار سيؤدى الى نتيجة حرجة بالنسبة لورثته ، حيث لن يستطيعوا المطالبة بالتعويض الناشيء عن الجناية عليه الا اذا كان المجنى عليه قد طالب به قبل موته ، وهو لن يفعل ذلك غالبا ، ومن ثم يكون ضرر التعويض عن الموت متعذر الوصول الى الورثة .

.... ولكن هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالي لا يقتصر أثره بالضرورة على الضرر الأدبي ، وانه غالبا ما يتمخض عن ضرر مادى ، وذلك كالاعتداء على السلامة اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة ، وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه ذلك الحبس فرصة للكسب المالي ، فكون اعتبار الموت اعتداء على حق الحياة وهو ضرر غير مالي لا يمكن أن ينفي ما يصاحب ذلك من ضرر مالي يرتبط به غالبا (١).

---

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٨ ، وما بعدها .

واذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل واكتساب الحقوق ، لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث لا يعدو مجرد الاحتمال ولا يمكن الجزم به ، ومن ثم تكون الخسارة — على فرض اعتبارها خسارة مالية — خسارة احتمالية لا تستوجب التعويض، فان هذا القول مردود بأن الاصابة القاتلة ، قد فوتت عليه فرصة الاستمرار في الحياة ، والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة لمن يكون في مثل سنه وصحته ، وبأن الحرمان من هذه الفرصة يسبب له خسارة مالية تقدر بنسبة ما كان له من حظ في استمرار الحياة وقدرته على العمل ، ومن ثم يكون فقد الحياة بسبب الموت غير الطبيعي ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوقت الذى يصير فيه الموت محقق الوقوع ، وينتقل الحق في التعويض الى الورثة ، ولو وقعت وفاة مورثهم بسبب الجناية قبل أن يطالب المسئول عنها بالتعويض (١) .

١١٤ — وقد انتهت محكمة النقض المصرية الى تقرير هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦ م ، وقد جاء فيه :" ولئن كان الموت حقا على كل انسان الا أن التعجيل به اذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا اذ يترتب عليه فوق الآلام الجسمية التى تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة ، وهى أغلى ما يملكه الانسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره (٢) وقد اضطردت أحكام محكمة النقض المصرية على تكييف ضرر الموت بأنه ضرر مادى محقق

---

(١) د . سليمان مرقس — المصدر نفسه — ص ١٧٩ ، والسنهورى — الوسيط — جـ ١ فقرة ٥٦٨ .

(٢) نقض مدني مصرى في ١٧/٢/١٩٦٦ م ، مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٣٣٧ — ٤٧ ، السابق ، والحكم الابتدائي المشار اليه في النقض المدني المصرى بتاريخ ٢٥/٣/١٩٦٥ المجموعة ١٦ — ٦٢ — ٣٩٢ ، وقد جاء فيه : على القاضي أن يدخل في اعتباره عند تقدير الضرر الذى أصاب المضرور أن المورث كان شابا ، في الثانية والثلاثين يرجو لنفسه مستقبلا زاهرا .

ينشأ عنه حق يتلقاه عن المضرور ورثته بعد وفاته (١) .

وأود أن اشير الى أن ما انتهى اليه قضاء النقض في هـــذه المسألة ، وما قرره فقهاء القانون بشأنها يتفق مع التوصيف الذين قـال بـه فقهاء الشريعة الاسلامية لوقت ثبوت الدية ، حيث ذهب الــرأى الراجح في الفقــه ، الى أن الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطــأ تعتبر من أموال الميت المملوكة له ، وأنها تنتقل الى ورثته على أســاس أنها تعد من ضمن ما يملكه ، وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكيــة، والراجح من مذهب الشافعية ، ورواية عن الامام أحمد(٢) وذلــك على نحو ما سنرى .

---

(١) نقض مدني في ٧/٣/١٩٧٤ م ، مجموعة أحكام النقـــض ٢٥ - ٦٠ - ١١ ونقض مدني في ١٩/٥/١٩٨٣ فــي الطعنين رقمي ١٨٨٤ ، ١٨٦٤ لسنة ٥٢ ق - السابــق الاشارة اليه .

(٢) راجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٦ - ص ٧٥٩ ، ومواهب الجليل - للحطاب - جـ ٦ - ص ٢٥٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٣٤ ، ونهاية المحتاج - جـ ٦ - ص ٣ ، والمغني لابن قدامــة جـ ٦ - ص ٣٢٠ - مكتبة الرياض الحديثة .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في الفقه الاسلامي

١١٥- وقد كانت مسألة وقت ثبوت الضرر الأدبي في الجناية على النفس محل بحث من فقهاء الشريعة الاسلامية ، حيث تكلموا عن الوقت الذى يثبت فيه حق القصاص ، كما تكلموا عن الوقت الذى تثبت فيه الدية باعتبارها خلفا عن الواجب في الجناية ، أو واجبا اصليا عنها ، وينبغى ذكر اقوالهم في كلا الأمرين لاستجلاء آرائهم وبيان أدلتهم على ما ذهب اليه كل فريق فيهما ، ونشير أولا الى أقوال الفقهاء في وقت ثبوت القصاص ، ثم نثنى بذكر اقوالهم في وقت ثبوت الدية . على أن نخصص لكل موضوع فرعا .

(الفرع الأول)

الوقت الذى يثبت فيه القصاص

١١٦- ومن المقرر شرعا أن القصاص قد يكون في النفس وبعد و من خلال النظر فيما أورده الفقهاء بخصوص هذه المسألة ، أن هناك تفرقة في وقت ثبوت كل من الأمرين : القصاص في النفس، والقصاص فيما دون النفس لذلك ينبغى أن نشير الى أقوال الفقهاء في كل أمر على حدة .

١١٧- أولا : وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس :

للفقهاء في مسألة وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس قولان :

١١٨ - أولهما : لأبي حنيفة ومالك وفي رواية عند الحنابلة :

وحاصل قولهم : أن الحق في القصاص والدم يثبت لوارث المقتول ابتداء ، وذلك على أساس انهما لا يجبا الا بعد زهوق الروح ، وفي هذا الوقت لا يكون المقتول أهلا للاستحقاق حتى يثبت له القصاص وينتقل الى ورثته من بعده بطريق الارث ، ومن أصحاب هذا الرأى القرافي ، حيث يقول : " أما القصاص في النفس فانه لا يورث ، لأنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته ، وانما يثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس ، فلا يقع الا للوارث بعد موت المورث (١) ، ولأن الموت يسقط اهلية اكتساب الحقوق (٢) ، ونظرا لأن ثبوت هذا الحق يكون للوارث ابتداء ، فانه يمارسه عنه نيابة عن المورث بطريق الخلافة ، لا بطريق الوراثة ، أى أن ثبوت هذا الحق يكون ابتداء للوارث على اعتبار أنه خليفة المجنى عليه او نائب عنه (٣) .

---

(١) الفروق للقرافي - جـ ٣ - ص ٢٧٩ - طبعة ١٣٤٤ هـ ، والقواعد لابن رجب - ص ٣٤٢ ، ونهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ٢٧٤ وفيه : وقيل للوارث بالنسب دون السبب ، لأنه للتشفي والسبب ينقطع بالموت " ، والاشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٢٨٩ حيث يقول : واختلفوا في القصاص فذكر في الأصل انه يورث ومنهم من جعله للورثة ابتداء ، وراجع : التلويح على التوضيح - جـ ٣ - ص ١٨٩ حيث جاء فيه : ولأن القصاص يجب ابتداء للورثة ، قال أبو حنيفة رحمه الله غير موروث حتى لا ينصب بعض الورثة خصما على البقية - وانظر : تكملة فتح القدير - جـ ١٠ - ص ٢٦١ .

(٢) السرخسي - المبسوط - جـ ٢٦ - ص ١٥٤ ، حيث يقول :
" الاستحسان أن القصاص للوارث على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداء ، ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفذ وصاياه ، فأصل الحق كان ثابتا للمورث ، فالخلافة معناها جعل الشخص غيره مكانه في عمل وهو يجوز فيه " .

(٣) راجع : موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي - جـ ٦ - ص ١١٨ .

وقد قالوا تأييدا لرأيهم : ان القصاص يثبت للورثة على سبيل الاستقلال والكمال لأنه حق مبتدأ لهم بوفاة القتيل ، والمقصود من القصاص في القتل هو التشفي . والميت لا يتشفى ، فيثبت للورثة ابتداء (١)

١١٩ - وثانيهما : للشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب والصاحبين : وحاصل قولهم : ان حق القصاص يثبت للمقتول أصلا وبما أنه بالقتل عجز عن استيفاء حقه فيقوم الورثة مقامه بالأرث عنه ، ويكون مشتركا بينهم كما يشتركون في ارث المال (٢) ، والدية في حكمه لأنها بدل عنه (٣) ، ومما يدل على أن القصاص حق للمقتول انه لو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد وسواء عفا عنه بلفظ العفو أو الوصية ، وقد حكى ابن قدامة في المغنى : ان ممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعي ، ونقل عن أصحاب الشافعي : اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان ، احدهما أنه وصية ، فيبنى على الوصية للقاتل : وتخرج في حدود الثلث (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع - حـ ٧ - ص ٢٤٢ ، والشرح الصغير للدردير - حـ ٤ - ص ٣٦٠ .

(٢) بدائع الصنائع - نفس المكان السابق ، والمهذب - جـ ٢ - ص ١٨٨ ، ومغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ٤٠ ، وكشاف القناع - حـ ٧ - ص ٧٤٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٧٣٩ ، وص ٧٤٤ ، حيث جاء فيه : ان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة واذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ، كما لم يمنع استحقاقه الدية وسائر حقوقه الموروثة .

(٤) المغنى - حـ ٧ - ص ٧٥٠ وراجع : تكملة فتح القدير - جـ ١٠ - ص ٢٤٢ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٢٩٨ ، ٣٤٨ ، والتلويح على التوضيح - جـ ٣ - ص ١٩٠ ، وقد جاء فيه : " وعند ابي يوسف ومحمد - رحمهما الله - القصاص موروث لأنه

ثم يقول ابن قدامة مستدلا لما يرجحه : ولنا أنه اسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو اسقط الشفعة بعد البيع ، اذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يخرج من الثلث أو لم يخرج(١)،والقصاص من الحقوق التى تدخل في التركة عند جمهور الفقهاء (٢).

١٢٠ — ادلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه من السنة وآثار الصحابة والمعقول :

= خلفه هذا المال موروث اجماعا ،والخلف لا يخالف حكم الأصل " ،والام للشافعي -جـ ٥ -ص ١٠ ، واسنى المطالب -جـ ٤ -ص ٣٥ ، وقد جاء فيه ، وهو موروث كالمال فيرثه ورثة القتيل " ،ونهاية المحتاج -جـ ٧ -ص ٢٨٣ ، حيث يقول : "والصحيح ثبوته لكل وارث بفرض أو تعصيب بحسب ارثهم المال " ،والاختيارات الفقهية -لابن تيمية -ص ٢٩٣ حيث يقول : " وولاية"القصاص ، والعفو عنه ليست عامة لجميع الورثة بل تختص بالعصبة وهو مذهب مالك وورواية عن أحمد ".
وراجع : المنتقى شرح الموطأ جـ ٧ -ص ١٢٥ ، والخرشي -جـ ٨ -ص ٢١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير -جـ ٤- ص ٢٢٧ .

(١) المغني لابن قدامة -نفس المكان السابق .

(٢) الشيخ علي الخفيف -تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته -مجلة القانون والاقتصاد -السنة العاشرة -العدد الخامس -ص ٦٣ . وراجع في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين على الدر المختار -جـ ٦ -ص ٥٣٦ وما بعدها ،وحاشية الشبراملسي بحاشية نهاية المحتاج -جـ ٧ -ص ٢٨٣ .

١ - دليلهم من السنـــة :

بما روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " من قتل لـــه قتيل فأهله بين خيرتين ، اما ان يأخذوا العقل أو يقتلوا "(١).

١٢١ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد بين فيه ان أثر الجناية وهو القصاص أو الدية يثبت لأهل القتيل على سبيل التخيير بين الأمرين الواردين ، وهما القصاص أو الدية ، فدل ذلك على ثبوت الحق لهـم ابتداء ، بدليل تخيير الأهل فيه ، ولأنه خيرهم بينه وبين الديـــة والدية تثبت لجميع الورثة بالاتفاق فكذا القصاص (٢).

١٢٢ - مناقشة وجه الاستـدلال :

ويمكن أن يرد على وجه الاستدلال من الحديث امران :

الأول : ان تخيير النبي - صلى الله عليه وسلم - لأهـــل القتيل لا يفيد عدم ثبوت الحق في القصاص للمجنى عليه أولا ، مـــع أن الثابت أن الحق له أصلا ، لأن الجناية وقعت عليه فيثبت له الحق أولا ، بدليل انه اذا عفا عن القصاص فانه يسقط ، ولو لم يثبت لـــه اولا لما سقط بعفوه (٣).

---

(١) اخرجه أبو داود والترمذى - راجع نصب الراية - جـ ٤ - ص ٢٥٠ ، واصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة بمعنـاه وقد رواه أبو شريح الخزاعي ، راجع : سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ٤٦٦ .

(٢) حاشية الرملي - بهامش اسنى المطالب - جـ ٤ - ص ٣٥ .

(٣) في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين - جـ ٦ - ص ٥٣٦ ، وما بعدها ، وحاشية الشبراملسي بهامش نهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ٢٨٣ .

الثاني : ان موت المجنى عليه لا يمنع من ثبوت الحق لـه اذا وجد سببه حال حياته ، كما في صيد شبكة نشرها حال حياته فوقع فيها الصيد ، فانه يعتبر في حكم ملكه ، ويكون حكمه حكم تركته (١).

١٢٣ - أدلتهم من الأثـر :

١ - بما رواه زيد بن وهب ،أن عمر أتى برجل قتل قتيلا ، فجاء ورثة المقتول يقتلوه. فقالت امرأة المقتول ، وهي اخت القاتل ، قد عفوت عن حقي ، فقال عمر : الله أكبر عتق القتيل (٢).

١٢٤ - وجه الدلالة في هذا الأثـر :

ان عفو المرأة عن حقها في القصاص فرع ثبوته لها ، فلو لم يثبت لها اصالة لما صح عفوها عنه ، وقد أثر ذلك عن عمر فدل على اعتباره.

١٢٥ - رد هذا الاستدلال :

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال ،ان ثبوت الحق لهـا انما هو فرع ثبوته عن المورث ، ومن ثم لا يكون دليلا على ثبوت الحق لها ابتداء ، مثلها في ذلك كمن يتصرف في مال بعد أن آل اليـه من مورثـه .

---

(١) الشيخ علي الخفيف - المرجع والمكان السابقان .

(٢) اخرجه عبدالرزاق في مصنفه ، راجع : مصنف عبدالرزاق - جـ ١٠ - ص ١٣ .

٢ - ومما روى ايضا عن زيد بن وهب قال : وجد رجل عند امرأته رجلا فقتلها ، فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه -فوجد عليها بعض اخوتها فتصدق عليه بنصيبه فأمر عمر -رضي الله عنه -لسائرهم بالدية (١) .

١٢٦ - وجه الدلالة في هذا الأثر :

ان العفو من أحد اخوة المقتولة فرع ثبوت الحق له ، والا لما صح عفوه ، وقد سبق بيان ذلك في الأثر السابق ،كما انه يرد عليه ما ورد على سابقه من مناقشة .

١٢٧ - ومن المعقول :

ان الانسان بالموت تخرب ذمته ومن ثم لا يكون أهلا لوجوب الحقوق ولا للتحمل بالالتزامات ، ويمكن أن يرد هذا بأن الموت لا يترتب عليه خراب الذمة بالكلية ، لأنها أمر فرضي اعتباري يتصور بقاؤه بعد الموت لسداد الديون ، وثبوت بعض الحقوق التى وجدت اسبابها حال حياته .

١٢٨ - أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه من السنة والمعقول :

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه ، وعبدالرزاق في مصنفه ، راجع السنن الكبرى -للبيهقي -ج ٨ -ص ٥٩ ، ومصنف عبد الرزاق نفس المكان السابق .

أما السنة :

بما روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " من ترك حقا فلورثته " (١).

١٢٩ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الحقوق التي يخلفها المورث كالمال الموروث عنه من ناحية أنها تثبت له ابتداء ، ثم تنتقل بعد موته الى ورثته ، والانتقال بالموت فرع الثبوت للمورث ، فلو لم تثبت له ما انتقلت الى الوارث ، ومن الحقوق التي تثبت للمورث القصاص.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - انه قال في خطبته : من خلف مالا أو حقا فلورثته ومن خلف كلا أو دينا ، فكله الى ودينه علي ، وقد ورد الحديث بروايات عن الطبراني ، وفي اسناده سعيد الانصاري وهو متروك ، راجع : نصب الراية - جـ ٤ - ص ٨٥ ، ونيل الأوطار جـ ٥ - ص ٢٢٨ ، وقد ذكر في الاصطلام لأبي المظفر ابن السمعاني - منصور بن محمد بن عبد الجبار المتوفي سنة ٤٨٩ هـ - مخطوط بمعهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة - اصول فقه شافعي - ص ٨٢ ، كما ذكره الزركشي في كتاب القواعد في الفروع ، مخطوط بمكتبة الأزهر - رقم ١٩٥٣ مسلسل ٢٤٧ ، مغاربة - ص ٨٤ ، وقد أورده السمعاني بلفظ : مالا أو حقا ، وقد ذكر الكمال ابن الهمام: ان لفظ حقا زيادة في الحديث ، لم تثبت عندهم راجع : فتح القدير - جـ ٦ - ص ٣١٩ .
وقد حققه العلامة الألباني فقال : حديث : من ترك حقا فلورثته . صحيح ، وهو من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - الذى أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجة وأحمد عن طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن رضي الله تعالى عنه ، راجع : ارواء الغليل - جـ ٥ - ص ٢٥٨ وما بعدها .

١٣٠ - مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بما ذكر المالكية بأمرين :

الأول : انه خبر غير معروف ، وليس له أصل في كتب السنة واذا كان كذلك لا تقوم به حجة (١) ، وهذه المناقشة أيضا يمكن ردها بأن الحقوق ذات الطبيعة المالية حكمها حكم المال ، واذا كانت كذلك فانها تنتقل الى الورثة عملا بحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : " من ترك مالا فلورثته" (٢) ، وانتقالها الى الورثة فرع ثبوتها في ذمة المورث ابتداء .

الثاني : وعلى فرض ثبوته ، فان الحقوق لا تورث على اطلاقها ، وانما منها ما يورث ، ومنها ما لا يورث ، يقول القرافي : " روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - انه قال : " من مات عن حق فلوارثه " ، وهذا اللفظ ليس على عمومه ، فمن الحقوق ما ينتقل الى الوارث ومنه ما لا ينتقل ، بل الضابط لما ينتقل اليه . ما كان متعلقا بالأموال أو ما يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه ، وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل الى الوارث " (٣) ، ولما كان القصاص متعلقا بنفس المورث فلا ينتقل الى الوارث كما يقول القرافي .

---

(١) شرح الخرشي - جـ ٨ - ص ١٦٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٣٧٤ ، باب احكام الولاء .

(٢) هذا الحديث اخرجه البخارى ومسلم وغيرهما : راجع : فتح البارى - جـ ١٢ - ص ٩ ، وصحيح مسلم بشرح النووى - جـ ١١ - ص ٦٠ ، وسنن ابن ماجة - جـ ٢ - ص ٩١٤ ،

(٣) الفروق للقرافي - جـ ٣ - ص ٢٧٦ ، والقواعد لابن رجب ص ٣٤١ وما بعدها .

١٣١ — رد هذه المناقشة :

ويمكن رد هذه المناقشة بما ذكره الفقهاء من أن القصاص حق مالى باعتبار مآله ، والشيء قد يأخذ حكم غايته تغليبا للمآلات، وقد وضع الزركشي ضابطا للحقوق التى تورث حتى يميزها عن غيرها . حيث قال : " الضابط أن ما كان تابعا للمال كخيار المجلس ، وحق الشفعة ، فانه يورث ،وكذلك ما يرجع للتشفي كالقصاص ، لأنه يؤول الى مال وكذا حد القذف ، وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والارادة . كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي ، لا يقوم الوارث مقامه في التعيين ، وكذا اذا طلق احدى امرأتيه لا بعينها ثم مات وكذا اللعان ، اذا قذف المورث زوجته ثم مات لم يقم الوارث مقامه في اللعان ، لأنه من توابع النكاح وهو ايضا يرجع الى الشهوة (١) "، واذا كان القصاص راجعا للتشفي كما يقول الزركشي ، فانه يورث، ووراثته فرع ثبوته للمورث . الأمر الذى يدل على ثبوت الحق له فيه اصالة، ثم ينتقل بطريق الوراثة الى ورثته .

١٣٢ — دليلهم من المعقول :

ان الحق في القصاص سببه هو الجناية ، والجناية قد وقعت على نفس المقتول ، واثمرت نتيجتها حال موته ، فيضاف الحق الى سببه والسبب قد وجد حال الحياة ، وهي فترة تصلح لاعتبار تعلق الحق به ، فيكون الحق في القصاص على حكم ملكه الثابت ، طالما ان الوفاة قد تحققت بسبب الجناية (٢) .

---

(١) القواعد — للزركشي — السابق — ص ٨٣ ، وما بعدها ، راجع : حاشية الرملي — على اسنى المطالب — ج ٣ — ص ٣ .

(٢) بدائع الصنائع — للكاساني — ج ٧ — ص ٢٤٨ .

١٣٣ - الرأى الراجـــح :

ويبدو من خلال النظر في مضمون كل قول ، وما ورد بشأنه مـن أدلة ، ان القول الثاني ، وهو القائل بأن حق القصاص يثبت للمجني عليه أولا ، هو الراجح ، ذلك ان أدلة القول الأول ، لم يستدل منها على منع ذلك ، كما ان ما اتفق عليه الفقهاء من جواز عفو المجنى عليه عن الجناية وما تسرى اليه ، يدل ابلغ دلالة على أن الحـــق حقه ، وان كانت اقوال الفقهاء في كلا الرأيين متداخلة بما يعطـــى للدارس قناعة ان الخلاف اقرب منه الى الخلاف الشكلي دون الخـــلاف الموضوعي ، لكن ترجيح القول الثاني الذى نميل اليه ، يؤدى الـى ثلاث نتائج في غاية الأهميـــة .

١٣٤ - الأولـــى : ان ثبوت حق القصاص للمورث ابتـــداء يؤدى الى تقديم ديون المجنى عليه عن استحقاق الورثة في حالـــة البدل وهو الدية ، بحيث لا تنتقل الدية الى الورثة الا بعد سـداد الديون ، وفقا للمبدأ المعـــروف : لا تركة الا بعد السداد الديون .

١٣٥ - الثانيـــة : ان مقدار التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الألم النـاتـج عـــن وفاة المضرور يجب بالضرورة ، ووفقا لتلك النتيجة أن يتحدد بما حدده الشارع عوضا عن النفس وهو الدية بحيث لا يتجاوز مقدار التعويض الواجب عما حدده الله ورسولـــه ، اللهم الا اذا رضيت العاقلة بزيادة الورثة عن طيب نفس ، يدل علـى ذلك ما ذكره صاحب سبل السلام في شرح حديث النبي - صلى اللـه عليه وسلم - : من قتل له قتيل فأهله بعد مقالتي هذه بين خيرتـين ، اما ان يأخذوا او يقتلوا (١)، حيث قال : قال في الهدى النبـوى :

---

(١) رواه أبو شريح الخزاعي ، واخرجه أبو داود والنسائـــي ، وأصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة ، راجع : سبـل السلام - حـ ٣ - ص ٢٦٦ .

ان الواجب أحد الشيئين ، اما القصاص أو الدية والخيرة في ذلك في اربعة اشياء : العفو مجانا ، أو العفو الى الدية أو القصاص ولا خلاف في تخييره بين هذه الثلاثة ، والرابعة : المصالحة على أكثر من الدية ، وفيه وجهان :

احدهما : اشهرهما مذهبا ، أى للحنابلة جوازه .
الثاني : ليس له العفو على مال الا الدية أو دونها ، وهذا ارجح دليلا (١) .

١٣٦ – الثالثة : ان جهة استحقاق التعويض ستتحدد وفقا لما قرره الشارع في الميراث بحيث يكون توزيع الدية عليهم بحسب استحقاقهم في الارث دون اعتبار لمعيار آخر من صلة القربى أو المودة أو الصداقة ، وهذا ما جنحت عنه الكثرة من التشريعات الوضعية .

١٣٧ – ثانيا : وقت ثبوت القصاص في الجناية على ما دون النفس :

واذا كانت مسألة وقت ثبوت القصاص قد اثارت هذا الخلاف بين الفقهاء في وجهات النظر حولها ، فان مبعث ذلك طبيعة المسألة ، وما تثيره من اثبات حق للمجني عليه في وقت تحقق فيه موته ، الأمر الذى جعل فريقا من الفقهاء يتساءل ، كيف يثبت حق الانسان حال خراب ذمته بالموت وعدم صلاحيتها لتعلق أى حق بها ؟. وكان طبيعيا وأساس الخلاف بين الفقهاء في تلك المسألة يبدأ من هذا التساؤل ان يكون ثبوت القصاص فيما دون النفس في منأى عن

---

(١) سبل السلام للصنعاني – ج ٣ – ص ٢٦٧ .

هذا الخلاف ، لأن المجنى عليه اصالة بعد الجناية على ما دون النفس مازال حيا ، وبحياته تكون له ذمة عامرة ، ومن ثم يكون أهلا لاكتساب الحقوق ومنها حق القصاص فيما اصابه من تعد ، ولذلك يقرر الفقهاء ان حق القصاص فيما دون النفس يورث ، ولا يسقط بوفاة المجنى عليه ، فاذا ثبت له الحق في القصاص ولم يستوفه الى ان مات انتقل الى ورثته بطريق الوراثة لا بطريق الخلافة ، حيث ثبت الحق لمورثهم أولا ، وهذا ما يظهر مما ذكره الفقهاء في المذاهب المختلفة (١).

ويرى فقهاء الحنابلة بحق ، ان حق القصاص في الاطراف لا ينتقل الى الورثة الا اذا طالب به المجنى عليه قبل وفاته ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن موسى ، واما اذا لم يطالب به فانه يسقط بموته لعدم المطالبة به (٢) ، وكذلك الأمر من باب أولى اذا كان قد سبق عفوه عن الجناية وما تسرى اليه . فان الورثة بعد عفوه لا يملكون ميراث الحق عنه ، لأنه قد اسقط الحق قبل وفاته (٣) وقد سبق بيان ذلك .

---

(١) راجع : تبيين الحقائق ـ للزيلعي ـ جـ ٦ ـ ص ١١٤ ، واسنى المطالب ـ جـ ٤ ـ ص ٣٠ ، ونهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٢٦٥ ، والفروق للقرافي ـ جـ ٧ ـ ص ٢٧٩ ، حيث يقول : " ولم يخرج عن حقوق الأموال الا صورتان ـ حسبما يعلم ـ حد القذف ، وقصاص الاطراف والجرح والمنافع في الأعضاء ، فانهما ينتقلان للوارث وهما ليسا من الأموال ، وذلك لأجل شفاء غليل الوارث بما حدث لمورثه من جراء الجناية عليه " .

(٢) القواعد لابن رجب ـ ص ٣٤١ وما بعدها .

(٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٥٠ .

(الفرع الثاني)

الوقت الذى تثبت فيه الديـــــة

١٣٨ ـ تعتبر الدية من الحقوق المالية التي تجب للمجنى عليه تعويضا عما اصابه من ضرر هو في طبيعته غير مالى اصلا ، وهى تطلق على المال الذى يدفع نظير فقد المقتول حق الحياة أو حقه في سلامة جسده ، وقيل : ان الدية تطلق على المال الواجب فيما دون النفس ايضا ، واذا كانت الدية بدلا عن الجناية على النفس ، فان الارش هو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس(١) وقد اطلق الحنفية الدية على بدل النفس ، والارش على المال الواجب فيما دون النفس ، والادق هو اطلاق الدية على المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها كما فعل الشافعية (٢) .

واذا كانت الدية هي المال المقدر شرعا ، في الجناية على النفس ، والارش هو المال الواجب المقدر شرعا بالاعتداء على ما دون النفس ، فان حكومة العدل هى الارش غير المقدر في الشرع بالاعتداء على ما دون النفس ، من جرج أو تعطيل وغيرهما ، ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة العدول (٣) .

ومن الواضح ان ارش الاطراف مال يثبت للمجنى عليه بسبب الجناية ، فاذا مات المجنى عليه بعد أن ثبت الحق له ، فانه يكون مالا موروثا عنه ، وينتقل بوفاته الى ورثته ، ووجه الوضوح ان حق الدية قد ثبت للمجنى عليه حال حياته ، ومن ثم يكون صالحا لاكتساب هذا الحق المالي بسبب ما حدث له من ضرر بسبب الجناية ، ولكن

---

(١) تكملة فتح القدير ـ جـ ٨ ـ ص ٣٠١ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٦ ـ ص ٥٧٣ ، اسنى المطالب ـ جـ ٤ ص ٤٧ ، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٣م .

(٢) د . وهبه الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٨ ، هامش (٢) ـ دار الفكر .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

الأمر مختلف بالنسبة لحالة ما اذا تقررت الدية في النفس بعد وفاة المجني عليه ، يستوي في ذلك أن تكون الدية واجبة ابتداء بالجناية، كما لو كان القتل خطأ ، أم واجبة بدلا عن القصاص في حالة تعذر استيفائه ، أو حصول العفو من ورثة المقتول أو أحدهم ، وفي هذه الحالة يثير موت المجني عليه تساؤلا حاصلة : هل ينتهي حق الدية - وقد وجب للمجني عليه بسبب الجناية - بموته ، على أساس ان أهليته لاكتساب هذا الحق قد سقطت بوفاته ، ومن ثم لا يكون له حق فيه، أم يكون هذا الحق باقيا له بعد الوفاة وعلى حكم ملكه ، ومن ثم تقضى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه وما بقي بعد ذلك يوزع على ورثته ؟. وقد اختلف الفقهاء في الاجابة عن هذا التساؤل الى قولين :

١٣٩ - القول الأول : للحنفية والمالكية ، وقول في المذهب الشافعي ورواية عن أحمد :

وحاصل قولهم : ان الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطأ تعتبر من اموال الميت المملوكة له ، ومن ثم تكون صالحة لأن تسدد ديونه منها ، وتنفذ وصاياه ، وتقضى منها كل حوائجه ، وما يحتاجه من تجهيز وكفن ، وما يتبقي بعد ذلك يكون لورثته ، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين : " يدخل في التركة الدية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد ، أو بانقلاب القصاص ما لا يعفو الأولياء ، فتقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه " (١) ، وقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " اختلف في دية القتل العمد فقيل:إنها مال من أموال الميت ، ولا تدخل الوصايا فيها ، وعدم دخول الوصايا لعدم علمه بها حال الموت ، وقيل : انها ليست مالا ، وانما هي اذا قبلت مال طرأ على الورثة بعد الموت ، وفي القول الثاني هذا نظر، لاقتضائه انه لا يقضى بها دين وليس كذلك بل يقضي دينه فالصواب هو الرأي الأول " ، ويقول ابن قدامة في المغني : " ودية المقتول

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٦ - ص ٧٥٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٣٤ ، وشرح الحطاب - ج ٦ - ص ٢٥٥ ، مطابع دار الكتاب اللبناني -

مورثة عنه كسائر أمواله ، الا انه اختلف فيها عن علي فروى عنه مثل قول الجماعة ، وعنه لا يرثها الا عصباته الذين يعقلون عنه ، وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي — صلى الله عليه وسلم — توريث المرأة من دية زوجها ، قال سعيد : حدثنا سفيان ، حدثنا الزهرى سمع سعيد بن المسيب يقول : "كان عمر بن الخطاب يقول : الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا ، فقال له الضحاك الكلابي : كتب الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : أن اورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح " (١) ، ثم يقول : " روى الامام أحمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ان النبي — صلى الله عليه وسلم — : " قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم " ، وباسناده عن ابن عباس عن النبي — صلى الله عليه وسلم — : المرأة ترث من مال زوجها وعقله ، ويرث هو من مالها وعقلها . ما لم يقتل واحد منهما صاحبه" ، الا أن في اسناده رجلا مجهولا ، وقال ابراهيم : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : " الدية على الميراث والعقل على العصبة " (٢).

ثم يقول ابن قدامة : قال أبو ثور : هى على الميراث ولا تقضى منها ديونه ، ولا تنفذ منها وصاياه ، وعن أحمد نحو من هذا ، وقد ذكر الخرقي فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته ، فللموصي له بالثلث ثلث الدية في احدى الروايتين ، والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء ، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان :

= وراجع : الاشباه والنظائر للسيوطي — ص ٣٢١ ، ونهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه — ج ٦ — ص ٣ .

(١) المغنى — ج ٦ — ص ٣٢٠ — طبعة الرياض .

(٢) المرجع نفسه — ص ٣٢١ .

احداهما : انها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه ، فيكون بدلها له كدية اطرافه ، المقطوعة منه في الحياة ، ولأنه لو اسقطها عن القاتل بعد جرحه اياه كان صحيحا ، وليس له اسقاط حق الورثة ، ولأنها مال موروث فاشبهت سائر امواله . والأخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء ، لأنها انما تستحق بعد الموت، وبالموت تزول املاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك وانما يثبت الملك لورثته ابتداء ، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها ، ان كان قبل تجهيزه . لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيرا فأولى أن يجب ذلك في ديته " (١).

١٤٠ ـ القول الثاني : لابن حزم الظاهري وقول عند الشافعية ، ورواية عن أحمد :

وحاصل قولهم : إن الدية تثبت للورثة ابتداء ، ولا تكون ملكا للميت ، ولذلك لا تقضى منها ديونه ولا تنفذ وصاياه ، يقول ابن حزم في المحلى : " لا خلاف بين أحد من الأمة كلها في ان الدية موروثة على حسب المواريث لمن وجبت له " (٢). ولكل قول ادلته .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه بالسنة والاجماع وأثار الصحابة والمعقول .

---

(١) المغنى لابن قدامة ـ نفس المكان السابق .

(٢) المحلى لابن حزم ـ ج ١٢ ـ ص ٢٣٦ وما بعدها ـ المسألة ٢٠٨٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ـ ص ٣٢١ .

١ – أما السنـــة :

فبما رواه الامام مالك في الموطأ : ان عمر بن الخطاب نشـــد الناس بمنى : من كان عنده علم من الدية ان يخبرني ، فقام الضحـاك ابن سفيان الكلابي ، فقال : كتب الى رسول الله – صلى الله عليــه وسلم – : ان اورث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها اشيم ، فقـال له عمر بن الخطاب : ادخل الخباء حتى آتيك ، فلما نزل عمــــر ابن الخطاب ، أخبره الضحاك فقضى بذلك ، قال ابن شهاب: وكان قتل اشيم خطأ . (١)

١٤١ – ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي – صلى الله عليه وسلم – قد امر بتوريث امرأة اشـــيم الضبابي من ديته ، وكان كما يقول ابن شهاب قد قتل خطأ ، فــدل ذلك على أن الدين مملوكة للمورث كماله ، بدليل ميراث زوجته منـــه حسبما أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – ، فان قيل ان ذلك كـــان في القتل الخطأ فلا يشاركه العمد في حكمه اذا صار موجبه الى الدية ، فان صاحب المنتقي يرد ذلك بقوله : " اقتضى ذلك تعلق هــــذا الحكم بقتل الخطأ الا ديـــة العمـــد ، وانها كسائر أمـــوال الميت يرث منها الزوج والزوجة والأخوة للأم وغيره ، وهذا مروى عـــن عمر وعلي وشريح والشعبي والنخعي والزهرى (٢).

---

(١) اخرجه الشافعي برواية سفيان بن عيينة عن الزهرى عن سعيـد ابن المسيب ، راجع : الأم – ج ٦ – ص ٨٨ ، والموطــأ بهامش المنتقى للباجي – ج ٧ – ص ١٠٤ ، وابن ماجـــة في سننه – ج ٢ – ص ٨٨٣ ، وصحيح الترمذى – ج ٤ – ص ٢٧ ، حيث قال : حديث حسن صحيح ، وراجع في الاستدلال به – المغنى لابن قدامة – ج ٦ – ص ٣٢٠ .

(٢) المنتقى للباجي – شرح الموطأ – ج ٧ – ص ١٠٤ .

ويقول الشافعي : " ولا اختلاف بين أحد في أن يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت لأنها تملك من الميت ، وبهذا نأخذ فنورث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت ، واذا مات المجنى عليه ، وقد وجبت ديته فمن مات من ورثته بعد موته كانت له حصته من ديته ، كما لو جنى عليه رجل في صدر النهار ، فمات ، ومات ابن له من آخر النهار فأخذت دية ابيه في ثلاث سنين ، فميراث الابن الذى عاش بعده ساعة قائم في ديته ، كما يثبت في دين لو كان لابيه وكذلك امرأته وغيرها ممن يرثه اذا مات (١).

١٤٢ — ٢ — وأما الاجماع :

وقد اجمع الفقهاء على أن حق الميت في الدية ثابت في حالة الجناية العمد كما هو ثابت في الخطأ ، وحكى ذلك الاجماع: صاحب المنتقى فقال : " دية العمد محمولة عند جميع فقهاء الأمصار على ذلك " (٢) ، أى على استحقاق الزوجة ميراثها منها كما جاء في حديث : امرأة اشيم الضبابي ، الأمر الذى يدل على ثبوتها للمورث ابتداء ، كما حكى الاجماع أيضا : الشافعي في الأم فقال : " لا اختلاف بين أحد في أن يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت (٣) .

---

(١) الشافعي - الأم - ج ٦ - ص ٨٨ - وما بعدها.

(٢) المنتقى للباجي - نفس المكان السابق .

(٣) الام - للشافعي - نفس المكان السابق ، وقد حكى الاجماع ايضا : ابن حزم في المحلى فقال : لا خلاف بين أحد من الأمة كلها في أن الدية موروثة على حسب المواريث لمن وجبت له - المحلى - ج ١٢ - ص ٢٣٦ - وما بعدها .

فان قيل ان هذا الاجماع منقوض بما ذهب اليه أصحاب القول الثاني ، فانه يمكن القول ان مخالفة ما ثبت بالاجماع مع سنة النبي -صلى الله عليه وسلم -يكون مرجوحا ،كما أن مخالفة الاجماع لا يلزم من وجودها تضعيفه ، فربما لم يعلم المخالفون به ،ولو علموا به لعدلوا عن قولهم .

١٤٣ — ٣ — ومن آثار الصحابة :

ما رواه الدارقطني في سننه ان عليا من أبي طالب -رضي الله عنه -قال : "الدية تقسم على فرائض الله تعالى فيرث منها كل وارث" (١).

وجه الدلالة في هذا الأثر : ان تقسيم الدية على فرائض الله تعالى يدل على أنها ثابتة للمورث ابتداء بدليل انها تورث عنه كما جاء في الأثر .

١٤٤ — مناقشة الاستدلال بآثار الصحابة :

وقد نوقش هذا الأثر بما ذكره ابن حزم في المحلى قال : قال أبو الحسن بن اللبان : يشبه أن يكون هذا -أى ما قاله علي- قولا كان يقوله فربما رجع عنه (٢).

رد هذه المناقشة :

ومن المؤكد لدينا ان هذه المناقشة مردودة بحديث عمر -رضي الله عنه - ، وبالاجماع الذى نقله الينا الشافعي ، وهذه

---

(١) سنن الدارقطني -جـ ٤ -ص ٧٨ -دار المحاسن للطباعة بالقاهرة .

(٢) المحلى لابن حزم -المكان السابق مسألة ٢٠٨٣ ،والمنتقى شرح الموطأ -جـ ٧ -ص ١٠٤ .

أدلة تبعث في النفس الطمأنينة على ما تدل عليه ، بحيث لا يرقى هذا القول المظنون والذى لا يفيد يقينا ان عليا قد عدل من رأيه الى معارضه ، فضلا عن الرجحان عليه .

١٤٥ ـ ٤ ـ ومن المعقول :

وقد استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه من المعقول فقالوا : ان الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ، ونفسه له ، فكذلك بدلها ، ولأن له بدل اطرافه في حال حياته ، فكذلك بدلها في حال موته ، ولهذا تقضى منها ديونه ، ويجهز منها ، وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته ، فلا ، ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكه فسقط فيها صيد بعد موته ، فانه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ، ويجهز فكذلك ديته ، لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فاشبهت قضاء دينه (١).

١٤٦ ـ أدلة القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول من وجهين :

الأول : ان الدية مال للأهل حدث لهم بعد موت مورثهم ، ولم يرثوه قط عنه حيث لم يجب له شيء منه حال حياته ، فمن الباطل أن يقضى دينه من مال الورثة الذى لم يملكه هو في حياته وان تنفذ منه وصيته (٢).

---

(١) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٦ ـ ص ٢٤٢ ، مطبعة الفجالة بالقاهرة .

(٢) المحلى لابن حزم ـ جـ ١٢ ـ ص ٢٦٣ .

١٤٧ — مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الأول :

من المؤكد ان هذا القول فيه مجافاة لسبب الحق الذى تقرر للورثة في الدية ، حيث لا ينكر احد ان الدية قد ثبتت بسبب الجناية عليه هو في بدنه ، وبدنه ملك له ، وبدل الملك يثبت لصاحبه أولا ، ولا ينتقل مال الى الورثة دون تسلسله من ملك المورث .

الثاني : ان المجني عليه تزول أملاكه الثابتة له بالموت ، فكيف يتجدد له ملك في حال زوال الملك عنه ، ان في هذا جمعا بين النقيضين لا يصح ، حيث لا يجتمع زوال الملك وتجدده في آن واحد(١).

١٤٨ — مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الثاني :

ويمكن أن يناقش ذلك : بأن ملكه في الدية لم يتجدد له ، بل هو ثابت له بحكم اضافته الى سببه وهو الجناية عليه ، ومن ثم يكون داخلا ضمن املاكه الثابتة له حال حياته ، ومن ثم لا يكون هناك جمع بين النقيضين ، فلا يكون غير صحيح .

١٤٩ — الرأى الراجح في نظرنا :

ومن خلال النظر في أدلة كل قول وما ورد عليها من مناقشات يترجح لدينا ما ذهب اليه أصحاب القول الأول ، الذين يقررون أن الدية مال مملوك للميت ، تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، ثم يؤول بعد ذلك الى الورثة ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من ورود الاعتراضات التى تقلل من الطمأنينة اليها ، ولهذا فانني ارجح هذا القول .

---

(١) المغنى لابن قدامة — السابق — جـ ٦ — ص ٢٤١ .

١٥٠ — موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي :

يفرق فقهاء القانون بين الضرر الأدبي الذى يمس الانسان في تكامل حياته أو حقه في سلامة جسده قبل الوفاة ، والضرر الأدبي الناتج عنها ، ويجعلون التعويض عن الضرر الأول حقا ثابتا للمجني عليه ، لأنه باق وذمته صالحة لاكتساب الحقوق ومنها حقه في التعويض عما اصابه من ضرر ، ولكن تقدير هذا الضرر الأدبي بعد مع ما أصاب المجني عليه من اضرار مادية أخرى كتكاليف العلاج وتوقف دخله من جراء تقاعده عن العمل بسبب الاصابة ، وحدة متكاملة حيث يجيء التعويض شاملا للجانبين المادى والأدبي ، ولو مات المجنى عليه بعد ثبوت هذا الحق في ذمته فانه ينتقل الى ورثته ، كمال دخل ذمة مورثهم . وانتقل اليهم بعد وفاته (١) .

وبعد الوفاة ، يعتبر القانون الموت سببا في نشوء ضرر أدبي لغير المجنى عليه ممن يصيبهم هذا الضرر بحزن والم شديدين لفقده ، أو بخسارة مادية تلم بهم من جراء الوفاة مبعثها ان المجنى عليه الذى مات ، كان ينفق عليهم ومن ثم فان نطاق الحق في التعويض بعد الوفاة تتسع دائرته لتشمل الورثة بمفهومهم المحدد شرعا ، كما تشمل معهم كل من أصابه ضرر أدبي سببته الوفاة ، واذا كان للورثة ان يطالبوا بحقهم في التعويض عما اصابهم من ضرر أدبي باعتبارهم ورثة له ، فان لغيرهم من المضرورين ادبيا بوفاته أن يطالبوا بحقهم في تعويض ما ألم بهم من ضرر ، لكن طريقهم في الحصول على هذا التعويض ، لن يكون بطريق دعوى الوراثة لأن شروطها لا تتوافر فيهم ، وانما سيكون من خلال الدعوى الشخصية التى بها يتمكن كل مضرور من غير ورثة المجنى عليه أن يطالب بحقوق عن الضرر الذى أصابه بسبب الوفاة .

---

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - السابق - ص ١٦٩ .

ونظرا لأن حق المجنى عليه في التعويض يستلزم حتى يكون صالحا للانتقال: أن يثبت في ذمة المجنى عليه أولا بناء على مطالبته به قبل وفاته وفقا لما يقضي به القانون ، ولما كانت مطالبة المجنى عليه الذى توفي بحقه في التعويض غير ممكنة عملا فقد جرى عمل الفقه والقضاء على اعتبار ضرر الموت ضرر مادى ، يفترض ثبوته في ذمة المورث قبل الوفاة ، حتى يتمكن الورثة من الوصول اليه ، وهذا التصوير الذى انتهى اليه فقه القانون بعد تطور هو الذى انتهجه الفقه الاسلامي من خلال ما قرره الفقهاء بخصوص الوقت الذى يثبت فيه الحق للورثة في استيفاء القصاص أو استحقاق الدية في النفس والأطراف ، حيث تنتقل اليهم بالوارثة عنه على أساس انها من ضمن ما يملك ، وانها تنتقل الى الورثة بناء على ذلك ، ومن ثم تتسم نظرة الفقه الاسلامي بالواقعية ، وعلاج مسائل الضمان بطريق مباشر يضمن وصول الحق الى من يستحقه .

. . . ومما يتسم به موقف الفقه الاسلامي ، ذلك التحديد المنضبط لنطاق الحق في التعويض ، حيث يقتصر فيه على الورثة الشرعيين فقط دون سواهم . وفي نظرنا أن ادخال غيرهم في حق المطالبة بالتعويض لا يقوم على سند قوى أو سبب مقنع ، فلئن كان المجنى عليه يتبرع بالانفاق على غير وارث ، فان ذلك الأمر لا يعني بالنسبة للمضرور أن يثبت له حق في المطالبة بتعويض الضرر الذى أصابه ، لأن التصرفات التى تقوم على معنى التبرع تنتهى بموت المتبرع ما لم يكن قد أوصى بها قبل وفاته ، حتى تستمر بعدها ، ومن ثم لا يقوم الحق في التعويض على سند مقنع ، والمضرورون أدبيا ممن أصابهم الحزن من غير الورثة ، لا يقوم حقهم في التعويض على معيار منضبط لأن المشاعر النفسية لا تصلح أساسا يتخذ معيارا للتعويض عنها لأنها نسبية وغير منضبطة ، وتتوقف بموت المجنى عليه ، ومن المؤكد أن نسبة الحق في التعويض للورثة مبنى على سبب قوى معتبر يقوم على روابط الدم والنسب ، والقرابة معيارها منضبط ومن ثم صلح أن يكون أساسا للاستحقاق، حيث يغلب مع وجود القرابة صدق مشاعر الحزن على موت المجنى عليه ، الأمر الذى يعكس انضباط اتجاه الفقه الاسلامي وقوة سنده في هذا الموضوع .

الفصل الثاني

الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته في فقه القانون .

المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته في الفقه الاسلامي .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعتـــه في فقه القانـــــون

١٥١ — ومن أنواع الضرر الأدبي ما يمس الشرف ، ويصيـــب الانسان في اعتباره وعرضه ، وذلك قد يحصل من جراء سلوكيات خاطئة كثيرة منها : القذف والسب(١) وهتك العرض ، وايذاء السمعـــة بالتقولات والتخرصات ، والاعتداء على الكرامة ، حيث تمثل كل تلـــك الاعمال اضرارا أدبيـة تضر بسمعة المضرور وتؤذى شرفه واعتباره بـــين الناس (٢) .

---

(١) يعرف القذف في فقه القانون بأنه : اسناد عمدى علنى لواقعة محددة ، تستوجب عقاب أو احتقار من اسندت اليه ، د . حسنين ابراهيم صالح — جرائم الاعتداء على الاشخاص — ص ١٩٩ ، د . محمود نجيب حسني — شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — ص ٥٠٥ .
وأما السب : فيعرف بأنه : خدش شرف شخص واعتباره عمـــدا دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة اليه . راجع : د . محمود نجيب حسني — المرجع السابق — ص ٦٤١ ، وقد عرفته محكمـــة النقض بقولها : السب في أصل اللغة : الشتم سواء باسنـــاد اللفظ الصريح الدال عليه ، أو باستعمال المعاريض التى تومئ اليه ، وهو المعنى الملحوظ في اصطلاح القانون الذى اعتـــبر السب كل الصاق لعيب او تعبير يحط من قدر الشخص نفســـه أو يخدش سمعته لدى غيره . نقض ٦/ ١٠/ ١٩٦٩ ، مجموعـــة احكام النقض س ٢٠ رقم ١٩٧ ص ١٠١٤ .

(٢) ومن تطبيقات هذا النوع من الضرر ان يذاع عن شخص أنه مصـاب بمرض خطير ، من ذلك ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنيـــة

—

وقد عولجت فكرة الضرر الأدبي الواقع علي شرف الانسان واعتباره في ظل ما ظهر في الفقه الحديث من حق الانسان في سمعة طيبة يحرص عليها وتتحدد معالم مكانته الأدبية في مجتمعه من خلالها ، وفكرة الحق في السمعة ليست وليدة اليوم ، ولكنها قديمة قدم ما تواضع عليه المجتمع من تحريم كل عمل ينطوى على اخلال بشرف الانسان واعتباره ، ولكن المعالجة الفقهية للضرر الأدبي في ظل تلك النظرة كانت محكومة بضوابط التجريم والعقاب دون نظر الى الغاية المرجوة منه ، ومن المعروف أن النيل من سمعة الانسان هو المحصلة النهائية من التعدى على شرفه واعتباره بالقذف أو السب .

ومن المعروف ان الانسان العادى يحرص بحكم الفطرة على سلامة سمعته حرصه على حريته الشخصية ، أو حرصه على أثمن شيء مادى يملكه في الوجود(١)، مما يجعل هذا الحق حريا بالمحافظة عليه وضمان أى ضرر ينال منه .

١٥٢ - أهمية الحق في السمعة :

وقد تزايدت أهمية الاعتراف بوجود الحق في السمعة في وقتنا الحديث على أثر تزايد الاعتداءات على سمعة الآخرين وتعدد صورها

= بتاريخ ١٤/٣/١٩٤٩: من أن الأمراض في ذاتها من العورات التي يحب سترها حتى ولو كانت صحيحة ، فاذاعتها في محافل عامة ، وعلى جمهرة المستمعين يسيء الي المرضى اذا ذكرت اسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات ، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ، ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض ، المحاماة ٢٩ - ١١٧ - ٢٠٢ .

(١) د . محمد ناجى ياقوت - فكرة الحق في السمعة - ص ١ - منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة الأولى ١٩٨٥ م .

ووسائلها ، ولقد كان لتقدم فن الطباعة وغيرها من وسائل الاعلام أكبر الأثر في الكشف عن ضرورة تقييد حرية القول والتعبير والاعلام بالقدر اللازم لحماية سمعة الافراد والعائلات من الطعن والتجريح اذ لجأت بعض الصحف والمجلات المثيرة في سبيل زيادة نسبة أرباحها وسعة انتشارها الى اثارة الفضائح المفتعلة ، واستخدام اسلوب العنف والطعن والتجريح ، أو الاهانة والسخرية والتشهير فيما تنشره من أخبار أو آراء أو تعليقات بحجة اشباع شوق الجماهير الى معرفة كل جديد ومثير وطريف مما يجرى في المجتمع من أمور ، وقد انعكس أثر ذلك على دعاوى المسئولية المدنية والتعويض ، حيث شهدت السنوات القليلة الماضية تزايدا ملحوظا في عدد دعاوى المسئولية عن الاضرار التى تسببها الاعتداءات على السمعة أو الشرف أو الاعتبار ، وعرضت نسبة كبيرة من هذه المنازعات على القضاء المستعجل ، كوسيلة لتجنب الفضائح ، ومنع تفاقم هذه الأضرار أو استمرارها بالنسبة للمستقبل (١)

١٥٣ ـ تعريف الحق في السمعة :

والسمعة لغة : من التسامع ، وهو ما يسمعه الناس عن الشخص مما يقال أو يكتب عنه ، ومنه : سمّع به تسميعا ، أى شهر به ، وفي الحديث من فعل كذا سمع الله به (٢) ، أى هتك ستره وفضح أمره .

وفي اصطلاح الفقه : أثار تعريف الحق في السمعة كثيرا من الصعوبات ، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين طائفتين من التعريفات تضم كل طائفة منهما بين دفتيها اتجاهين متقابلين ، أما

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٤ .

(٢) مختار الصحاح ـ ص ٣١٤ ، وراجع : لسان العرب ـ جـ ٨ ـ ص ١٦٢ .

الطائفة الأولى فانها تتردد في تعريفها لحق السمعة بين مدلولين: احدهما شخصي،والثاني موضوعي ، بينما تدور الطائفة الثانية بين التوسع أو التضييق في نطاق هذا الحق (١) ، ووفقا للمدلول الشخصي يعرف الحق في السمعة ،أو ما يشار اليه احيانا باسم الحق في الشرف ،أو الحق في الشرف والاعتبار ، بأنه : " شعور كل شخص بكرامته الشخصية ،واحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحتراما متفقين مع هذا الشعور ، فهو عاطفة مركوزة في صميم الشخص تخلع عليه احترامه لنفسه عن طريق شعوره بأداء واجبه ، أو هو شعور ذاتي بالكرامة الشخصية يتضمن معنى الرغبة في الحصول على احترام الغير (٢).

ووفقا للمعيار الموضوعي ، يعرف الحق في السمعة بأنه : المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع ،وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذى يتفق مع هذه المكانة ، أي أنه يعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية (٣) .

---

(١) د . محمد ناجي ياقوت ـ السابق ـ ص ١٨ .

(٢) المرجع والمكان السابقان . وراجع : د . عبدالحى حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٤١ حيث يعرفه بأنه : مجموع القيم المعنوية التي يخلعها الشخص على نفسه .

(٣) د . محمود نجيب حسنى ـ قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ص ٤٩٧ ـ طبعة ١٩٧٨ م ، د . عبدالحى حجازى ـ المرجع نفسه ، حيث يعرفه بأنه: تقدير الناس للشخص ،أو هو الذمة المعنوية ، المشتقة من تقدير الناس ، وهو بمعنى أعم السمعة.

كما يعرف الحق في السمعة من ناحية تردده بين مفهومين احدهما : مضيق والثاني موسع ، وتقوم التفرقة بينهما - كما يتضح من اسميهما - على أساس الاختلاف في تحديد نطاق هذا الحق تضييقا أو اتساعا ، ووفقا للمفهوم الضيق ، يعرف الحق في السمعة بأنه : حق الشخص في الاتذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو الى كراهيته واحتقاره أو الهزء به في نظر الآخرين ،أو تسبب نفورهم منه (١) .

ووفقا للمفهوم الموسع يعرف الحق في السمعة بأنه : حق الشخص في الا تذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو الى انقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير واحترام وحسن ظن أو ثقة أو تثير ضده مشاعر أو آراء معادية مخجلة أو مشينة أو غير مرضية ، ويبدو من هذا التعريف ان مفهوم الحق في السمعة لا يقتصر على مجرد منع تعريض صاحبه للكراهية والاحتقار أو السخرية والنفور فحسب ،بل يمتد ليشمل مع ذلك كله امورا أخرى كثيرة مثل عدم جواز تعريض الشخص لآراء ، أو مشاعر أو نظرات من الغير تتضمن معنى الشفقة به أو الرثاء له أو العطف عليه (٢) .

١٥٤ - اتجاه التشريع المصرى والقضاء :

ويظهر من استقراء نصوص التشريع المصرى أنه قد جنح الى الاتجاه الموسع كما أن أحكام القضاء هي الأخرى جاءت تأكيدا لهذا الاتجاه .

---

(١) د . محمد ناجي ياقوت - السابق - ص ٢٠

(٢) المرجع والمكان السابقان .

يدرك ذلك من يطالع ما تنص عليه المادة ٣٦ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الواردة في حماية حق المؤلف ، حيث أن هذه المادة تتكلم عن الشرف والاعتبار والسمعة أو الوقار بما يدل على أن المشرع قد اختار تعريف هذا الحق بمفهوم واسع ، يشمل الحفاظ على وقار الشخص ، فضلا عن كرامته وشرفه واعتباره . ومن الواضح ان للوقار مدلولا أوسع بكثير من مدلول الكرامة والشرف والاعتبار وفي هذا الاطار يجيئ نص المادة ٣٠٢ من تقنين العقوبات المصرى ، فان عبارة تلك المادة تستقيم هي الأخرى مع الاتجاه الموسع لتعريف الحق في السمعة فهي لم تكتف بتحريم القذف في حالة اسناد واقعة مستوجبة للاحتقار بل جرمت القذف حتى في حالة اسناد واقعة تستوجب عقاب المسند اليه ولو لم تكن تستوجب احتقاره .

وقد ورد في المذكرة الايضاحية لنص المادة ٥٠ من التقنين المدني التى تتكلم عن حماية السمعة الأدبية للشخص ما يستقيم بوضوح مع هذا الاتجاه ، حيث انها وهي تتكلم عن حماية السمعة الأدبية للشخص ، قد عدلت عن تعبير الشرف والاعتبار الى تعبير السمعة الأدبية (١) .

١٥٥ — واتجاه القضاء المصرى يسير في هذا الاتجاه ، حيث يتوسع في نطاق الحق في صون السمعة ، وقد جاءت أحكام كثيرة تقضي بتوافر المسئولية الجنائية عن المساس بالسمعة في حالات لا يوجد فيها اعتداء على الشرف والاعتبار بالمعنى الضيق للكلمة (٢) وذلك كما في حالة نسبة الجنون أو التشوهات والعاهات البدنية الطبيعية مثل العمى والعور والعرج ، أو القول من المدعى أنه قبيح الوجه

---

(١) المرجع السابق — ص ٢٤ ، وما بعدها ، وراجع : د . عبد الحي حجازى — المرجع والمكان السابقان ، د . حمدى عبد الرحمن — فكرة الحق — ص ٦٢ — دار الفكر العربي .

(٢) د . محمد ناجى ياقوت — المرجع نفسه — ص ٢٥ .

أو عاجز جنسيا (١) ، أو أنه مريض بمرض وراثي أو خطير ، حتى ولو كان غير قابل للانتقال بالعدوى (٢) ، أو اذاعة ان محاميا قد اعتدى عليه بالضرب في مكتبه ، أو في حالة اقتفاء أثر احدى السيدات في الطريق ، أو توجيه عبارات الغزل اليها في مكان عام (٤) أو تمني الشر للمدعي ، كما لو قال : فليسقط المدير ، وليمت المدير ، حيث ينطوي ذلك التمني على معنى الاهانة (٥) ، وهكذا يتضح أن اتجاه القضاء المصري ينحو منحى التوسع في معنى الحق في السمعة على النحو الذي يتجه اليه التشريع .

وعلى ضوء اتجاه التشريع والقضاء في مصر ، ظهرت محاولات لتعريف الحق في السمعة روعي فيها التأكيد على أهمية المدلول الموضوعي لهذا الحق ، فضلا عن الاشارة الى الأخذ بالاتجاه الموسع لنطاقه ، حيث يعرف الحق في صون السمعة بأنه : هو الحق في تكامل الذمة المعنوية المستمدة مما يتمتع به الشخص من تقدير في نظر الآخرين ، وما يتفرع عن ذلك من حق في أن يعطى الشخص الاحترام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية والا يتعامل على نحو يحط بهذه المكانة ، أو يسبب هزء الآخرين به او اعراضهم عن التعامل معه ، او انقاص ثقتهم فيه (٦)

---

(١) د . محمود نجيب حسني - السابق - ص ٦٤٦ .
(٢) حكم محكمة مصر الكلية الوطنية بتاريخ ١٤ / ٣ / ١٩٤٩ م - السابق الاشارة اليه .
(٣) نقض مصري في ١٦ / ١ / ١٩٦٢ ، س ١٣ ق ١٣ - ص ٤٧ .
(٤) نقض مصري في ١٦ / ٦ / ١٩٥٣ م ، س ٤ ، ق ٣٥٥ ، ص ٩٩٦
(٥) نقض مصري في ١٤ / ١٠ / ١٩٤٧ م ، جـ ٧ - ق ٣٩٤ ، ص ٣٧٦
(٦) د . محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٢٥ وما بعدها .

١٥٦ ـ عناصر الحق في السمعة :

وسمعة الانسان تعتبر قيمة مركبة ، تتعدد عناصرها بتعدد جدارة الشخص بالاحترام ، كما انها ترتهن غالبا بالعديد من الصفات التى تحدد الامكانيات التى تؤهل صاحبها للتمتع بهذا الاحترام ، ويمكن التمييز بين مجموعتين من هذه الصفات ،تضم احداهما كافة الصفات الفطرية التى تنبع عن الشرف أو الكرامة الآدمية ، والتى تحدد صلاحية الفرد لاداء واجباته العامة كانسان ، وتتضمن المجموعة الثانية كافة الصفات المكتسبة التى ترتبط بالاعتبار الاجتماعي ،أو المنزلة الاجتماعية ، والتى تحدد صلاحية الشخص لاداء واجباته الخاصة التى تفرضها عليه علاقاته بالآخرين ، ومن ثم تتحدد عناصر الحق في السمعة في جانبين (١) :

١٥٧ ـ أولهما : الجانب الموضوعي أو الشرف :

وهذا الجانب يفترض تساوى الناس جميعا فيه ،اذ هو عبارة عن مجموعة المميزات أو الممكنات التى تمثل قدرا أدنى من القيم الأدبية يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه آدميا ، فالقانون الوضعي يعترف لكل انسان من حيث هو انسان بالحق في أن يطلب من الغير أن يحترم كرامته الآدمية (٢) .

---

(١) د . محمد ناجي ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٦ .

(٢) د . عبدالحي حجازى ـ السابق ـ ص ٤١ وما بعدها .

ومعنى موضوعية هذا الجانب : ان يتجرد كلية عن التأثـــر بظروف صاحبه أو برأى الآخرين فيه ، فيستوى أن يكون صاحـــب الحق صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا ، شريفا أو خارجا عن القانون (١).

ويتكون هذا الجانب من عناصر عدة يمثل كل واحد منها صفة من تلك الصفات العامة التى يتوقف عليها تكامل كرامة الانسان واحترامه وفقا للمجرى العادى للأمور ، مثل الامانة ، النزاهة ، والشجاعـة والاخلاص والصدق ، والاستقامة ، والمحافظة على العرض والحياء والتمسك بمبادئ الدين والأخلاق ، فالانسان العادى مهمـــا تواضعت وظيفته الاجتماعية يفترض فيه التمتع بحد أدنى من هـــذه الصفات التى تكفل احاطته بقدر من الاحترام يجب أن يتواتر لكـــل فرد لمجرد وجوده في المجتمع (٢) .

١٥٨ - ثانيهما : الجانب الشخصي أو الاعتبار :

وللحق في السمعة جانب شخصي الى جوار جانبه الموضوعـــي ، ويقصد بالجانب الشخصي أو ما يطلق عليه عادة اسم : " الاعتبـــار " حصيلة الرصيد الأدبي أو المعنوى الذى يكون الشخص قد اكتسبـــه تدريجيا من خلال علاقاته بغيره أى مجموعة المميزات أو المكنات الـــتى يستمدها الفرد من منزلته التى بلغها بين جماعة من الناس ينتمـــى اليها ، كأفراد اسرته ،أو جيرانه في المنطقة التى يسكن فيهـــا ، أو زملاء مهنته ، أو جمهوره اذا كان نجما من نجوم الأدب أو الفـــن ، أو الرياضة ،أو السياســـة .

---

(١) د . محمد ناجى ياقوت - المرجع نفســه - ص ٢٧ .

(٢) المرجع والمكان السابقـــان .

ومعنى شخصية هذا الجانب هو توقفه على عديد من الاعتبارات الذاتية التى يجب مراعاتها تجاه شخص معين ، كالاعتبارات العائلية ، أو الوظيفية ، أو العلمية ، أو الوطنية ، أو المالية (١) ويمكن التمييز في هذا الصدد بين اعتبارات ثلاثة :

١٥٩ _ الأول : الاعتبار الخاص :

والاعتبار الخاص يتكون من جميع العناصر التى يقيم الناس على أساسها صلاحية الشخص لأداء واجباته المتعلقة بشئون حياته الخاصة ، فهو وليد التقدير الذى يصيبه الفرد في بيئته خارج نطاق حياته العامة ، ويتحقق الاعتداء على الاعتبار الخاص للشخص بأية وسيلة من شأنها أن تثير الشك حول توافر هذه الصلاحية المذكورة لديه ، أو تنكر عليه بعض الصفات التى تؤهله لذلك ، ويعد الاعتبار الأسرى والعائلي من أهم صور الاعتبار الخاص (٢).

وقد قضى بتحقيق الاعتداء على الاعتبار العائلي للمدعى الذى أذيع عنه أنه يتزوج النساء ويطلقهن طمعا في أموالهن ، وان زوجته طلبت الطلاق منه لعجزه الجنسي ، وانه سمع لزوجته بأن تتخذ عشيقا ، أو انه كان يعاشر زوجته معاشرة غير شرعية قبل الزواج (٣) أو انه فقد عقله نتيجة للآلام النفسية التى يعاني منها في حياته العاطفية (٤) ، او انه الابن غير الشرعي لأحد الشخصيات المرموقة في المجتمع (٥).

---

(١) المرجع نفسه _ ص ٢٨ .

(٢) المرجع نفسه _ ص ٢٩ .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٨/٢/٥ ، س ٢٩ ، ق ٢٤ ، ص ١٣٢ .

(٤) حكم محكمة باريس الاستئنافية في ٢٨٩٨/٤/٧ ، سيرى ١٨٩٨ - ٢ - ٥٠١ .

(٥) نقض جنائي فرنسي في ١٩٠٠/١١/١٥ ، د اللوز ١٩٠١ - ١ - ٢٨٦ .

١٦٠ – الثاني : الاعتبار المهني :

والاعتبار المهني هو مجموعة القيم الأدبية التي يتمتع بها الفرد في مجال نشاطه الوظيفي أو حصيلة رصيده المعنوى من كفاءة وقدرة في نطاق مهنته التي يمارسها ، ولقد ترتب على تعدد المهن واختلاف طبيعتها ، وتباين القواعد التى تحكم مزاولتها ان أصبحت كل مهنة أو حرفة أو وظيفة معينة تتطلب فيمن يمارسها صفات أدبية أو علمية أو فنية معينة لا يستطاع بغيرها مزاولة العمل . وذلك كالتجارة والطب والمحاماة والتدريس والقضاء وغير ذلك من المهن ، فان كل مهنة له متطلباتها الخاصة من الامانة أو العلم والخبرة أو الاخلاص ، وهكذا يكون لكل من يمارس مهنة الحق في تكامل اعتباره المهنى أو الوظيفي ، أى في الا ينكر عليه الغير احدى الصفات الأساسية اللازمة لاستطاعة ممارسة هذه المهنة أو تلك الوظيفة (١). ويتحقق الاعتداء على الاعتبار المهني للشخص بأى فعل من شأنه التشكيك في صلاحية هذا الشخص لممارسة مهنته التي يزاولها ، كالقول عن طبيب بشرى : أنه جزار لا يؤتمن على علاج كلب. أو أن خبرته تقل عن خبرة الممرض الذى يعمل لديه ، أو اشاعة أن مدرسا حكم بسلوكه المشين مع تلاميذه ، أو ان محاميا أهمل في الدفاع عن المتهم لأنه ندب من قبل المحكمة ، أو أن واعظا دينيا ارتكب أفعالا علنية فاضحة ، وان قاضيا يجمع بين عمله القضائي والأشتغال بالتجارة ، أو التشكيك في أن أديبا معينا ، هو الذى يؤلف قصصه ورواياته المنشورة باسمه ، أو أن موظفا عاما استغل سلطات وظيفته في اغراض غير مشروعة أو تقاضى مبالغ كبيرة على سبيل الرشوة (٢).

---

(١) د . محمد ناجي ياقوت – المرجع نفسه – ص ٣٠ .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، والأحكام المشار اليها فيه – الهوامش من ١٥٤ – ١٦٩ .

١٦١ - الثالث : الاعتبار السياسي :

ويقصد بالاعتبار السياسي للشخص : حصيلة الرصيد الذى يتكون من صفاته وأخلاقه وتصرفاته في مجال ممارسته اليومية لحياته السياسية ، ويعد هذا الاعتبار من أهم الاعتبارات جميعا لأنه يحتل مكان الصدارة منها في مجال التطبيق القضائي ، لاسيما فيما يتعلق بالمنازعات المترتبة على بعض المناقشات السياسية الحادة التى تثور عادة في أثناء فترات المعارك الانتخابية ، وتدق التفرقة فيما يتعلق برجال السياسة بوجه عام بين ما يعد مساسا باعتبارهم السياسي ، وبين ما لا يعدو أن يكون ممارسة مشروعة للحق في آرائهم ونقد تصرفاتهم ، ومما يزيد الأمر صعوبة أن العادة قد جرت على استعمال أسلوب السخرية اللاذع ، أو التهكم المر عند تبادل الآراء في شأن بعض المسائل السياسية (١).

ويبدو أن الضابط الصحيح الذى يجب التعويل عليه عند اجراء مثل هذه التفرقة يتمثل في نقطة معرفة : هل تضمنت العبارات المستخدمة انكارا لبعض الصفات الأساسية التي يجب أن تتوافر فيمن يشتغل بالعمل السياسي ، مثل صفات الاخلاص للوطن ، والمبادىء ، أو البرنامج السياسي المعلن ، والصدق في مخاطبة الجماهير والانتماء الى الأحزاب التي يعترف بها النظام القانوني دون غيرها ، وتضمنت بالتالي تشكيكا في أهلية المدعى لمزاولة العمل السياسي الذى يناط به ، ومن ثم الاخلال باعتباره السياسي عند أنصاره

---

(١) المرجع نفسه - ص ٣٢ .

وتؤيديه ، أم اقتصر أثر هذه العبارات على مجرد التشكيك في مدى مهارة المدعي وتفوقه ونجاحه فيما يقدمه من مشروعات وبرامج سياسية ، أو الطعن في موهبته أو مقدرته وتفانيه في مباشرة الشئون العامة ، أو اثارة الشك حول المجد السياسي الذي فاز به من وراء ذلك كله ، لا بقصد الحط من اعتباره ، بل لتقييم آرائه وأعماله في سبيل النفع العام استعمالا لحق النقد (١)٠

وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه : " متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على اسناد وقائع للمجنى عليه هي أنه مقامر بمصير أمة وحياة شعب وأن التاريخ كتب له سطورا يخجل هو من ذكرها ، وأنه تربى على موائد المستعمرين وأنه يسافر الى بلاد الانجليز ليمرغ كرامة مصر في الأوحال وليخترع نوعا من التسول هو الاستجداء السياسي " ، فانه يكون مستحقا لعقوبة القذف المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات ، اذ أن عبارات المقال تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من نسبت اليه قانونا أو احتقاره عند أهل وطنه ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقدا مباحا لسياسة المجنى عليه وقع تحت حسن نية (٢)٠

١٦٢ — صور الاعتداء على الحق في السمعة :

واذا كان الضرر الأدبي متضمنا لخطأ ينال من سمعة المعتدى عليه وشرفه ، فليس من الضروري أن يكون المعتدى سيء النية ، بل يكفي أن يكون أرعن متسرعا وفي الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك

---

(١) المرجع نفسه -ص ٣٢ وما بعدها ٠

(٢) محكمة النقض المصرية في ١٩٤٨/٦/١٥ م - مجموعة القواعد القانونية - جـ ٧ - رقم ٦٤١ - ص ٦١٢ ، ويلاحظ أن المدعي عليه اذا قال عن رجل السياسة : إنه فاشل أولا تؤيده الا قلة ضئيلة من الناس ، أو أن أنصاره هم ضالة الناس وجهالهم أو أن مشروعاته السياسية تدل على الجهل وسوء التقدير ، لم يكن في ذلك مساس بالاعتبار السياسي للمدعى عليه طالما أن هذه الاقوال لم تصدر عن حقد أو كراهية أو ضغينة بل عن عقل وتحليل وانصاف بغية تحقيق الصالح العام ، وراجع : د ٠ محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٣٣ ٠

المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية ، والاعتداء على الشرف والسمعة قد يقع بطرق مختلفة . فقد يقع عن طريق النشر في الصحف والمجلات بالسب والقذف حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط ، ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف سبا أو قذفا في بعض الظروف التى تقتضي الاطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب ، وظروف الانتخابات ، وفي الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر ، وفي النقد العلمي والفني البرىء (١) .

وقد يقع الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق البلاغ الكاذب وليس سوء النية شرطا في المسئولية التقصيرية ، كما هو شرط في المسئولية الجنائية ، فقد يحفظ البلاغ الكاذب ، ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولا مدنيا لأنه كان أرعن متسرعا ، ولو أنه لم يكن سيء النية ، كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائيا ولا مدنيا لأنه لم يكن سيء النية ، ولم يرتكب رعونة أو تسرعا (٢) ، ويكفى لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ، ولو لم يكن صحيحا في الواقع ، ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ ، فلا يكفي أن تكون الدلائل قد ألقت في روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى في روع الشخص العادى المجرد عن الظروف

---

(١) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٣٥ فقرة ٥٤٩ ، والأحكام المشار اليها بالهامش ، د . محمد ناجى ياقوت ـ السابق ـ ص ٣٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ـ ص ٨٢٦ .

الداخلية التي تحيط بالمبلغ (١) ، كما يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجنى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (٢).

وقد يقع الاعتداء عن طريق اذاعة أخبار غير صحيحة أو اشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والاشاعات قبل اذاعتها ، كما يقع الاعتداء عن طريق اعطاء معلومات كاذبة بسوء نية أو رعونة ، ولكن المصلحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها في هذا الشأن لا تكون مسئولة (٣) ، ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (٤) .

١٦٣ — صور أخرى للضرر الذى ينال من حق السمعة :

وهناك حالات أخرى يقوم فيها الضرر الأدبي مصاحبا للضرر المادى ، ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للأسم التجارى المزاحم ، وقد يقع الضرر الأدبي بنشر اشاعات كاذبة عن المزاحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر ، وغير ذلك

(١) وذلك على نحو ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٩٢٧/١٢/٦ م حين ذهبت الى أن المبلغ اذا كان موظفا من موظفي الأمن العام فلا مسئولية عليه اذ هو بلغ قبل أن يتثبت من صحة الخبر ، اذا قامت عنده شبهات جدية كافية ، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون .

(٢) الاستاذ مصطفى مرعى - في المسئولية المدنية - فقرة ٨٥ ، والسنهورى ، الوسيط - نفس المكان السابق .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩٢٣/١٢/٢٦ - المحاماة ٤ - ٢ - ٤١٢ - ٥٣٨ .

(٤) الوسيط للسنهورى - السابق - ص ٨٢٧ .

من وسائل المنافسة غير المشروعة ، ومنها الاجراءات القضائية الكيدية ، كالدعاوى والدفوع الكيدية ودعاوى الافلاس الكيدى ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن انكار الأخت لأخيها يعد دفاعا كيديا . فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الانكار ، وهي المصاريف التى صرفت فيه في سبيل اثبات وراثته ، وتلزم أيضا بتعويض الضرر الأدبي الذى أصاب أخاها بسبب انكارها (١).

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٢ ابريل سنة ١٩١٦ م مشار اليه في الوسيط للسنهورى - ج ١ - ص ٨٣١ هامش (٤) ، وراجع مصطفى مرعى بك - في المسئولية المدنية فقرة ٨٦ . د .عبدالمنعم فرج الصدة - السابق - نفس المكان .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الذى ينال من شرف الانسان وسمعته في الفقه الاسلامي

١٦٤ — والتشريع الاسلامي يحرص على حماية الانسان مما يمس شرفه وعرضه واعتباره ، ولذلك حرم الاسلام القذف وشرع حد العقاب عليه ، وجعل الحق في دفع العار عن المقذوف له في حياته وينتقل من بعده لورثته ، حتى يتمكنوا من دفع العار عنه ، كما حرم الغيبة ، وقد تكلم الفقهاء على فسخ الخطبة ومدى ما يحققه ذلك الفسخ من ضرر أدبي يستوجب التعويض ، ونود أن نبرز موقف الفقه الاسلامي وذلك في مطلبين .

(المطلب الأول)

طبيعة القذف وتحريم الاسلام له

١٦٥ — القذف في اللغة : هو الرمي بالحجارة ونحوها ثم استعمل في الرمي بالمكاره لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكاره في تأثير الرمي بكل منهما ، لأن في كل منهما أذى ، فالقذف أذى بالقول ، ويسمى فرية بكسر الفاء ، كأنه من الافتراء والكذب (١) .

١٦٦ — وفي اصطلاح الفقهاء :

تعددت تعريفات الفقهاء للقذف ، وفي المذاهب الفقهية المختلفة .

---

(١) مختار الصحاح — ص ٥٢٦ ، وراجع : فتح القدير — جـ ٤ — ص ١٩٠ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ ٤ — ص ٣٢٤ ، ومغنى المحتاج — جـ ٤ — ص ١٥٥ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ ٨ — ص ٢١٥ .

١ - عند الحنفيـــة :

يعرف القذف بأنه: نسبة من احصن الى الزنا صريحا (١).

٢ - وعند المالكيـــة :

يعرف القذف بأنه : رمى المكلف ولو كافرا أو سكرانا حرا مسلمـــا لوقت اقامة الحد ، بنفي نسب عن أب أو جد ، وإن علا من جهة الأب ولو كان الأب عبدا أو كافرا ، صريحا أو تلويحا ، لا عن أم بذلـــك لأن الأمومة محققة لا تنتفى ، وأما الابوة فتنتفى بالظن ، والحكم الشرعي فلا يعلم كذبه في نفيه فتلحقه بذلك معرة . (٢)

٣ - وعند الشافعيـــة :

يعرف القذف بأنه : الرمي بالزنا على جهة التعيير ، فيخـــرج بذلك الشهادة بالزنا فلا حد فيه الا ان يشهد به دون أربعة (٣).

٤ - وفي المذهب الحنبلي :

عرفه ابن قدامة : بأنه الرمي بالزنا(٤)، كما عرفه صاحب كشـــاف القناع بقوله: إنه الرمي بالزنا أو اللواط أو الشهادة به (٥).

وقد عرف القذف في المذاهب الفقهية الاخرى بما لا يخرج عن هذا المعنى (٦)

(١) فتح القدير - المكان السابق .
(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٣٢٤ .
(٣) مغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ١٥٥ .
(٤) المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢١٥ - مكتبة الرياض الحديثة .
(٥) كشاف القناع - جـ ٦ - ص ٨٤ .
(٦) الروض النضير - شرح مجموع الفقه الكبير - جـ ٤ - ص ٤٩١ ، والمحلى لابن حزم - جـ ١١ - ص ٢٦٥ ، وما بعدهـــا ، مسألة ٢٢٢٣ .

١٦٧ — حكم القذف ، وأثره :

والقذف محرم ، وهو من الكبائر يدل على ذلك ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال :"اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يا رسول الله ما هن ؟ قال : الشرك بالله عز وجل ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، ورمي المحصنات الغافلات المؤمنات (١)"، ومما يدل على تحريمه من الكتاب قول الله تعالى : " ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب أليم "(٢)، حيث اثبت الحق سبحانه للرمي بالزنا وصف اللعنة في الدنيا والآخرة مع العذاب الأليم ، وهذا المعنى يدل على التحريم أبلغ دلالة . وقد اجمع الفقهاء على تحريمه يقول ابن قدامة : القذف هو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الأمة (٣).

ويجب بالقذف اقامة حده ، لأن حد القذف سببه القذف ولأن نسبة المقذوف الى الزنا تتضمن الحاق العار به ، فيجب الحد دفعا للعار وحفظا للشرف وصيانة للسمعة (٤).

يدل على وجوب الحد بسبب الرمي بالزنا قول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا واولئك هم الفاسقون " (٥).

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - راجع : نيل الأوطار للشوكاني - جـ ٧ - ص ٢٥٢ .
(٢) سورة النور - الآية ٢٣ .
(٣) المغنى لابن قدامة - المكان نفسه .
(٤) بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ٤٠ .
(٥) سورة النور - آية ٤ .

١٦٨ — حق الخصومة في الضرر الأدبي الناتج من القذف :

ونظرا لأن الضرر الحاصل من القذف ينال من سمعة المقذوف وشرفه واعتباره ، وأن أثر الضرر لا يقف عند حد المقذوف ، وانما يتعداه الى ورثته ممن يتألمون لقذفه ويكتوون بنار العار الذى يلحق به ، كما أن القذف أيضا ينطوى على خدش الحياء في المجتمع واشاعة الفاحشة في الذين آمنوا ، وهذا امر محرم بقول الله تعالى : " ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون" (١) ، لكل هذه الآثار فقد عنى الفقهاء ببيان من يملك الحق في الخصومة ، على اعتبار أن أثر القذف لا ينتهى بحياة المقذوف ، وانما تمتد آثاره لتلاحق ورثته من بعده ، ذلك في حالة حياة المقذوف ، اما اذا كان ميتا واعتدى على شرفه بالقذف فان المضرور من ذلك اصالة هم الورثة ومن ثم كان من المهم بيان حدود حق الخصومة عن القذف في كل حالة .

١٦٩ — أولا : حق الخصومة في حال حياة المقذوف :

اذا كان المقذوف حيا وقت القذف ، فان حق الخصومة ينـاط به ، ويسند اليه ليتمكن به من رد شرفه وحفظ اعتباره ، ذلك أنه اذا كان حيا وقت القذف كان هو المضرور صورة ومعنى بالحاق العار به ومن ثم كان اسناد حق الخصومة اليه من باب اسناد الحكم لأولى الناس به ، لأن الحق حقه فلا يطالب به غيره ولا يقوم غيره مقامه فيه ، لأنه حق يثبت للتشفي ، فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه ، وذلك قياسا على القصاص (٢) وهذه المسألة تكاد تكون محل اتفاق من الفقهاء

---

(١) سورة النور - آية ١٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٣٠ - مكتبة الرياض .

ولم يرد خلاف يتعلق بها الا لما ورد عن الحنفية حول مدى جواز الانابة في تلك الخصومة حال حياة المقذوف ، حيث ورد عنهم في تلك المسألة قولان عن مدى جواز التوكيل باثباتها :

١٧٠ - أولهما : لأبي حنيفة ومحمد : وحاصل قولهما : ان التوكيل بالخصومة في القذف جائز ، على اعتبار ان الموكل يملك ممارسة الحق ، فيجوز توكيل غيره فيه ، اذ أن كل حق يملك الانسان أن يباشره بنفسه يجوز أن يوكل فيه غيره ، ولم يرد في تلك المسألة ما يستلزم خروجا على هذا الضابط .

١٧١ - ثانيهما : لأبي يوسف : وحاصل قوله : إنه لا يجوز التوكيل بالخصومة في حد القذف حيث لا تصح الوكالة في الحدود والقصاص عنده .

دليل أبي يوسف :

استدل أبو يوسف لما ذهب اليه بالقياس فقال : كما أنه لا يجوز التوكيل في استيفاء حد القذف ، فلا يجوز ذلك في إثباته ، لأن الاثبات وسيلة للاستيفاء والوسيلة حكم غايتها (١) .

١٧٢ - دليل الطرفين :

أما الطرفان أبو حنيفة ومحمد فدليلهما أن ممارسة المقذوف للحق ، تجعله أهلا للتوكيل به عملا بالقاعدة العامة ، حيث لم يرد في مسألتنا ما يبرر الخروج عليها .

---

(١) راجع : في هذا المعنى : المبسوط للسرخسي - ج ٦ - ص ١١٣ ، وفتح القدير - ج ٤ - ص ١٩٧ ، وبدائع الصنائع ج ٦ - ص ٢١ .

١٧٣ — مناقشة ما استدل به أبو يوسف :

كما ان ما استدل به أبو يوسف محل نظر ، لأن التوكيل بالاستيفاء في حد القذف لا يجوز للشبهة ، اذ لابد من وجود المقذوف ووجود ولي القصاص حين الاستيفاء ، فقد يجوز فيما لو حضر المقذوف أن يصدق القاذف والحدود تدرأ بالشبهات (١) ،ومن ثم كان أمر التوكيل باستيفاء حد القذف في عدم الجواز قياس مع الفارق فلا يصح الاحتجاج به(٢)، وهذا ما يترجح لدينا .

١٧٤ — ثانيا : حق الخصومة في حال موت المقذوف :

واذا كان المقذوف قد مات فانه ينبغي التفرقة بين ما اذا كان المقذوف قد مارس الدعوى ، وباشر اجراءاتها ولكن المنية لم تسعفه حتى يبلغ ثمرة ما باشره بصدور حكم في دعواه ، فمات قبل صدوره ، واما أن يكون القذف قد حصل له بعد وفاته ، ويكون أثر العار الناجم منصبا كله على ورثته ومن يعنيهم امره من أقاربه ، فكأن دراسة المسألة — اذن — تستلزم التفرقة بين الحالتين وهذا ما ينبغي بيانه :

١٧٥ — الحالة الأولى : وهي حالة ما اذا كان القذف قد وقع على المقذوف حال حياته ، ثم باشر حقه في رفع الدعوى ومات قبل صدور حكم فيها ، في هذه الحالة هل ينتهي حقه في ممارسة الدعوى بموته ؟ ،أو ينتقل الحق في استكمال ارجاءات سيرها حتى بلوغ غايتها بصدور حكم فيها الى ورثته ؟ ، في المسألة قولان :

---

(١) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ٧ ـ ص ٥٥ .
(٢) المراجع المشار اليها ـ نفس المكان .

أولهما : للحنفية : وحاصل قولهم : أن المقذوف اذا مات قبل اقامة الحد فانه يبطل ، ولا ينتقل الى ورثته ، لأنه حق غير مالي ، فلا ينتقل الى الورثة .

وثانيهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصل قولهم : ان المقذوف اذا مات قبل اقامة الحد ، فان الحق فيه ينتقل الى ورثته من بعده (١) ، ولكل قول دليله :

١٧٦ - دليل الحنفية :

استدل الحنفية لما ذهبوا اليه ، بأن حد القذف يعتبر من حقوق الله تعالى ، ولئن كان فيه حق للعبد ، فانه لا يؤثر في غلبة حق الله تعالى في الحد ، ومن ثم تظل له خصائص هذا الحق ، ومنها أنه لا يورث ، فاذا مات المقذوف سقط حقه ولا ينتقل من بعده الى ورثته (٢)

١٧٧ - مناقشة دليل الحنفية :

ودليل الحنفية هذا مردود من وجهين :

الأول : ان ما ذهبوا اليه مبني على تغليب حق الله على حق العبد في حد القذف ، وهذه المسألة محل خلاف من الفقهاء ، حيث ذهب الجمهور الى تغليب حق العبد ، ولم يقل بتغليب حق الله على حق العبد في حد القذف الا الحنفية والظاهرية(٣) ، والمالكية

---

(١) المدونة - جـ ١٦ - ص ٢٠ ، والمغني لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٣٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٥٢ ، وفتح القدير للكمال بن الهمام - جـ ٥ - ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني - جـ ٧ - ص ٥٦ ، والمحلى لابن حزم جـ ١١ - ص ٢٨١ .

وان كانوا يفرقون بين الحد قبل رفع الدعوى وبعدها ، فيجعلونه قبل رفع الدعوى حقا للعبد ، وبعدها حقا لله (١) فان رأى الحنفية ومن معهم في توصيف الحق بما يغلب جانب الله فيه سيظل مرجوحا ويكون ابتناء الحكم على أمر مرجوح من شأنه أن يجعله مرجوحا كذلك .

الثاني : لو كان حق الله غالبا في حد القذف لما سقط بالعفو مطلقا ، والثابت خلاف ذلك ، حيث أن الحنفية أنفسهم يقررون أنه يجوز العفو عنه قبل رفع الدعوى الى الحاكم ، يقول ابن الهمام : فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان . لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ، ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد ، لا أنه وقع ثم سقط ، وهذا كما اذا صدقه المقذوف (٢) ، وبدليل أن القذف يشترط لاقامة حده مخاصمة المقذوف برفع دعواه ، ورفع الدعوى حق يملك التنازل عنه (٣) .

١٧٨ — أدلة الجمهور :

استدل الجمهور لما ذهبوا اليه من السنة والمعقول :

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل — جـ ٥ — ص ٣٣٢ .

(٢) فتح القدير — جـ ٤ — ص ١٩٧ وما بعدها .

(٣) في هذا المعنى الاستاذ عبد القادر عودة — التشريع الجنائي الاسلامي — جـ ٢ — ص ٤٨٠ ، والمغني لابن قدامة — جـ ٨ — ص ٢١٧ — حيث يقول : " وحد القذف لا يستوفي الا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص " .

١ ـ أما السنــــــة :

فيما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : من خلف مـــــالا أو حقا فلورثته ، وبين خلف كلا أو دينا فعلى " (١)، حيــــث دل الحديث على أن من ترك حقا يكون لورثته ، وحق الدعوى من حقوقــه فتنتقل الى ورثته .

٢ ـ وأما دليلهم من المعقول :

فانه يتمثل في أن الاساس الذى ثبت بمقتضاه الحق لمورثهـــم المقذوف هو التشفي ، ورد الشرف والاعتبار موجود في ورثتـــــه ، لأن تلك المعاني لا تقتصر عليه وحده ،اذ أن شرفه واعتباره امتداد لشرف الورثة واعتبارهم ، ومن ثم وجب أن يناط الحق بهـــــم ، فيمارسون دعواه من بعده حتى يصلوا الى حكم فيها ، لأن المعــــرة تلحقهم (٢) .

١٧٩ ـ الرأى الراجح في نظرنا :

والذى يترجح لدينا هو رأى الجمهور القائلين بانتقـــــال الحق في ممارسة دعوى القذف الى الوارث لوضوح الأدلة عليـــــه ، كما أنه أدعى لحفظ الشرف والاعتبار ، وفيه تصريف لما في قلـــــوب ورثة المقذوف من الغيظ والحقد ، وفي ذلك قطع لدابر الشر ، ومنــع لاحتدام النزاع .

(١) الحديث رواه البخارى ومسلم ، وقد سبق تخريجه ، راجــع: نصب الراية - جـ ٤ - ص ٨٥ ، نيل الأوطار - جـ ٤ - ص ٨٥ ، وارواء الغليل - جـ ٥ - ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٤٩٤ .

١٨٠ - شروط انتقال الحق الى الورثة :

... ويبدو مما ذكره المالكية ان انتقال حق المقذوف الى الورثة مشروط بأمرين :

الأول : أن يكون القذف قد حصل للمقذوف حال حياته .

الثاني : أن يكون المقذوف قد رفع دعواه مطالبا باقامة الحد على القاذف ، وأن كان لم يبلغ غايته بعد ، بسبب موته ، فاذا كان القذف قد وقع على المقذوف حال حياته ، ولم يرفع دعواه للحاكم ، ثم مات دون أن يرفع الدعوى ، فلا يجوز لورثته ان يخاصموا القاذف الا في حالة واحدة ، وهي حالة ما اذا ثبت أن المقذوف قد مات دون أن يصل القذف الى علمه (١) .

١٨١ - الحالة الثانية : وقوع القذف بعد موت المقذوف :

اذا وقع القذف بعد موت المقذوف فان حق الدعوى في مخاصمة القاذف يثبت ابتداء لذوى قرباه ، لأن أثر القذف ينصرف اليهم مباشرة فيكون الحق لهم ، والفقهاء متفقون على أن الحق يثبت لذوى قربى المقذوف اجمالا . اذا وقع القذف عليه بعد موته ولكنهم اختلفوا في مدى ثبوت هذا الحق لذوى القربى ممن أصابهم القذف .

١٨٢ - قال الحنفية :

اذا مات المقذوف فان حق المطالبة باقامة الحد يثبت لأصوله وفروعه أصالة لا بطريق الارث ، وذلك على أساس لحوق

---

(١) الحطاب - مواهب الجليل - ج ٦ - ص ٣٠٥ .

العار بهم ، وليس على أساس ثبوت حق الارث لهم ، ومن ثم يكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث ، فلا يثبت للأخ ، ويثبت للمحروم من الميراث بالقتل أو الرق أو الكفر ، فلقاتل أبيه أن يطالب بعد قتله بحق القذف (١).

وأبو حنيفة يدخل في الأصول والفروع الذين لهم حق مخاصمة قاذف مورثهم الميت الاناث مع الذكور من أصوله وفروعه ، فأولاد البنات لهم هذا الحق ، وذهب الى ذلك ابو يوسف ، وقد خالف الامام محمد في ذلك ، وذهب الى أن أولاد البنات ليس لهم حق المخاصمة (٢).

١٨٣ — وقال المالكية :

يقوم الوارث مقام مورثه في المطالبة بحد القذف ، سواء قذف مورثه قبل الموت أم بعده ، ويثبت هذا الحق لكل وارث يلحقه عار القذف ، سواء كان من ذوى الفروض أم العصبيات ، ويستثنى من ذلك الزوجان فانه لا حق لهما في المطالبة بحد القذف الواقع على مورثهم ، ويثبت هذا الحق لكل وارث حتى ولو قام بالنسبة له سبب المنع من الميراث ، كما لو كان قاتلا أو كافرا أو عبدا أو محجوبا ، فيطالب به الأبعد مع وجود الاقرب ، لأن المعرة تلحقهم جميعا ، وذلك خلافا لما ذهب اليه اشهب من أنه يقدم الأقرب فالأقرب في القيام بحق الخصومة في قذف المورث (٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٥٢ .

(٢) بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٥٥ ، وفتح القدير - جـ ٦ - ص ٣٠٥ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٤٩٤ ، وراجع المعيار الذى وضعه القرافي في انتقال الحقوق للورثة: الفروق - جـ ٣ - ص ٢٧٩ .

١٨٤ — وعند الشافعية :

يعتبر حق المطالبة بحد القذف الواقع على المورث من الحقوق التي تورث عنه ، كما تورث سائر حقوق الآدميين وأموالهم ، ولكنهم اختلفوا فيمن يرثه على أربعة أقوال وردت في كتبهم :

القول الأول : يرثه كل الورثة بما فيهم الزوجان ، لأنه لجميع الورثة كالمال .

القول الثاني : يرثه كل الورثة ما عدا الزوجين ، لأن الحد يجب لدفع العار ، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت ، حيث تنتهي الزوجية به .

القول الثالث : يرثه العصبات من الورثة دون غيرهم ، لأن دفع العار مختص بهم .

القول الرابع : يرثه العصبات غير البنين ، قياسا على ولاية الزوج (١) .

١٨٥ — وعند الحنابلة :

وروى الحنابلة أن حق المطالبة بحد القذف يرثه العصبات من النسب دون غيرهم ، لأنه حق يثبت لدفع العار ، فلكل واحد منهم أن يطالب به كملا ، فعفو بعضهم لا يسقط حق الآخر، لأنه يراد لدفع العار عن المقذوف ، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه ، فيثبت له جميعه كولاية النكاح (٢) .

---

(١) راجع : المهذب للشيرازي - جـ ٢ - ص ٢٧٥ ، نهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ١٠٤ ، وما بعدها ، وأسنى المطالب - جـ ٣ - ص ٣٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٣١ وما بعدها .

١٨٦ ـ أساس اسناد الحق في استيفاء حد القذف :

ويبدو من خلال النظر فيما قرره الفقهاء أن جوهر مطالبة الوارث بحد القذف الواقع على مورثه الميت ، أساسه أمران :

الأمر الأول : النظر الى هذا الحق على أنه حق من حقوق المورث التى تنتقل الى الورثة مثله في ذلك كمثل المال ، فيجوز أن يمارسه كل وارث .

الأمر الثاني : رفع الضرر الذى وقع على الورثة من جراء القذف والمتمثل في المعرة التى أصابتهم بسببه ، وهو ضرر غير مالي اصلا ، ومن ثم يستبين أن الضرر الأدبي مما يدخل تحت نطاق الضمان المقرر في التشريع الاسلامي حماية للشرف وحفظا للأعراض .

(المطلب الثاني)

طبيعة السباب والغيبة وتحريم الاسلام لهمــا

١٨٧ ـ ومن وسائل التشريع الاسلامي في حفظ اعـراض الناس تحريمه للسباب والغيبة ، على أساس أن كلا منهما ينطوى على نيل من شرف من يعتدى عليه فيهما واعتباره ،يدل على تحريم السباب ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر "،متفق عليه (١).

١٨٨ ـ المراد بالسباب ، وحالات الاباحة فيـه :

والسباب ـ بكسر السين ـ مصدر سبه ، وهو لغة : الشـتم والقطع والطعن ، ومنه التساب ، أي التشاتم والتقاطع ، وهـذا سبه ، أي عار يسب به (٢).

وفي اصطلاح الفقهـاء : هو الشتم والتكلم في أعراض الناس على نحو ينال من شرفهم واعتبارهم ، وقد حرم الرسول صلـى الله عليه وسلم ذلك من خلال حكمه على السباب بأنه فسوق ، أي خروج من طاعة الله ، وهذا من أساليب التحريم (٣)

وقد عرفه ابن عابدين بقوله : " هو نسبة المرء الى فعـل اختيارى محرم سرعا ويعد عارا عرفا والالا " (٤).

---

(١) سبل السلام ـ للصنعاني ـ ج ٤ ـ ص ٣٧١ ، طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) مختار الصحاح ـ ص ٢٨١ .

(٣) سبل السلام ـ نفس المكان .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ ج ٣ ـ ص ٢٠٣ ، وقد حرم الله عز وجل ايذاء المؤمنين والمؤمنات بالسب في أكثـر

=

١٨٩ - حالات الاباحة :

واذا كان الأصل ان السباب امر محرم بالحديث السابق ، فانه قد توجد حالة من حالات الاباحة للسباب ، وذلك كما ذكره الصنعاني بقوله : واما الفاسق فقد اختلف العلماء في جواز سبه بما هو مرتكب له من المعاصي ، فذهب الأكثر الى جوازه ، لأن المراد بالمسلم في الحديث الكامل الاسلام ، والفاسق ليس كذلك ، ومما يدل على ذلك ما اخرج الطبراني في الأوسط والصغير باسناد حسن ورجاله موثقون ، وأخرجه في الكبير ايضا من حديث معاوية بن حيدة قال : خطبهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : متى ترعوون عن ذكر الفاجر ؟ ، اهتكوه حتى يحذره الناس ، وأخرج مسلم :" كل امتي معافى الا المجاهرون "، والمجاهرون هم الذين جاهروا بمعاصيهم ، فهتكوا ما ستر الله عليهم ، فيبيحون بلا ضرورة ولا حاجة (١)

... والأكثر يقولون : بأنه يجوز أن يقال للفاسق: يا فاسق أو يا مفسد ، وكذا في غيبته بشرط قصد النصيحة له أو لغيرة لبيان حاله أو للزجر عن صنيعه ، أى لابد من قصد صحيح ، الا ان يكون جوابا لمن يبدأه بالسب فانه يجوز له الانتصار لنفسه ، لقوله تعالى: " ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل " (٢) ، وقوله

= من موضع في القرآن الكريم ، قال تعالى:" والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا واثما مبينا " ، سورة الاحزاب - آية ٥٨ .

(١) سبل السلام - السابق - ص ٣٧٢ .

(٢) سورة النساء : آية ١٤٨ .

تعالى :" لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم وكـــان الله سميعا عليما " (١) ، ولما أخرجه مسلم أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " المتسابان ما قالا ، فعلى البادى ، ما لم يعتد المظلوم "(٢) قال العلماء : اذا انتصر المسبوب استوفى ظلامته ، وبرئ الأول من حقه ، وبقى عليه اثم الابتداء ، والاثم المستحق لله تعالـــى ، وقيل : برئ من الاثم ويكون على البادى اللوم والذم . لا الاثم (٣).

١٩٠ ـ ويؤخذ مما ذكره الصنعاني ان حالات الاباحـــة في السب تتمثل فيما يلي :

أولا : حماية المجتمع من شرور السلوكيات الخاطئة مـــن خلال الاعلان عن أصحابها وكشف حيلهم حتى يحذرهم النـــاس ويسلموا من شرورهم .

ثانيا : ان يكون المسبوب قد فرط في حق نفسه من خـــلال مجاهرته بمـــا يجب الاستتار منه ، عملا على اشاعة الفاحشـــة في المجتمع وتشويه صورته ، ولئن كان قد استباح السب على نفســـه ، فلا ينبغى أن يلوم غيره اذا نسب اليه ما أذاعه هو نفسه .

ثالثا : أن يتوافر قصد حسن من خلال السب ، مثل النصح للمسبوب أو لغيره ، أو للزجر عن صنيعه .

رابعا : أن يكون السب ردا على ما وقع من المسبوب من سـب في حق الفاعل ، وذلك للآيات الدالة على جواز الانتصار ممن ظلـم ،

---

(١) سورة النساء آية ١٤٨ .
(٢) سبل السلام ـ المكان نفسه .
(٣) سبل السلام ـ للصنعاني ـ جـ ٤ ـ نفس المكان .

ويجب أن لا يتعدى القول في ضرره مقدار ما سبق من المسبوب، حتى لا يكون ظالما ، وعملا بقول الله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (١)، وقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" (٢)، ويمكن القول : ان ذلك من باب ازالة الضرر الأدبي الناتج عن السب بمثله ، ويجوز تعزيز البادى على سبقه في ظلم الساب .

١٩١ — معنى الغيبة وحكمها وحالات الاباحة فيها :

والغيبة (بكسر الغين) في اللغة : أن يتكلم خلف انسان مستور بما يغمه لو سمعه فان كان صدقا سمي غيبة ، وان كان كذبا سمي بهتانا (٣) .

وفي اصطلاح الفقهاء : عرفها الصنعاني نقلا عن النووى في الأذكار : ذكر المرء بما يكره سواء كان في بدن الشخص أو دينه أو دنياه أو نفسه أو خلقه أو ماله أو والده أو ولده أو زوجه أو خادمه أو حركته أو طلاقته أو عبوسته ، أو غير ذلك مما يتعلق به ذكر سواء ذكر باللفظ أو بالرمز أو بالاشارة ، قال النووى : ومن ذلك التعريض في كلام المصنفين كقولهم : قال من يدعى العلم أو بعض من ينسب الى الصلاح أو نحو ذلك مما يفهم السامع المراد به ، ومنه قولهم عند ذكره : الله يعافينا ، الله يتوب علينا ، نسأل الله السلامة ، ونحو ذلك فكل ذلك من الغيبة (٤).

---

(١) سورة الشورى - آية ٤٠

(٢) سورة البقرة - آية ١٩٤

(٣) مختار الصحاح - ص ٤٨٥ .

(٤) سبل السلام - جـ ٤ - ص ٣٨٠ .

١٩٢ ـ تحريم الاسلام للغيبة :

ونظرا لأن الغيبة تعتبر من أخطر أدوات النيل من شرف الانسان وسمعته واعتباره كما انها تلحق به اضرار أدبية متعددة ، فان الله عز وجل قد حرمها بالكتاب والسنة كما انعقد على تحريمها اجماع علماء الامة ، يقول الصنعاني : " وتحريم الغيبة معلوم من الشرع ومتفق عليه ، وانما خلاف العلماء هل هو من الصغائر أم الكبائر ؟ ، وقد نقل القرطبي الاجماع على أنها من الكبائر (١) .

١٩٣ ـ مناط التحريم في الغيبة وأدلته :

وقد عنى الفقهاء ببيان حقيقة الغيبة ، حتى يكون التحريم المناط بها واضح الاسناد لفعل محدد ، واذا كانت الغيبة ، هي ذكر الانسان بما يكره كما جاء في الحديث ، فان هذا الذكر المكروه له شامل لذكره في غيبته وحضرته ، وقد روى في معناها حديثا مسندا الى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال فيه : ما كرهت أن تواجه به اخاك فهو غيبة ، واذا كان الحديث يدل على أن الغيبة تشمل ذكر الانسان بمكروه في غيبته وحضرته ، فقد فسرها بعض العلماء بأنها : ذكر العيب بظهر الغيب ، وفسرها آخر بقوله : هي أن تذكر الانسان من خلفه بسوء ، وان كان فيه (٢) ، وعلى هذا النحو يكون تحريم الغيبة في التشريع الاسلامي ، وسيلة من أعظم وسائل المحافظة على شرف الانسان واعتباره .

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع نفسه ـ ص ٣٨٠ وما بعدها .

١٩٤ — أدلة تحريم الغيبـــــة :

وقد قامت الأدلة على تحريم الغيبـــة من الكتاب والسنـــــة ، واجماع علماء الأمـــــة :

أما الكتـــاب :

فيقول الله تعالى : " ولا يغتب بعضكم بعضا ، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ان الله تواب رحيم" (١).

١٩٥ — **ووجه الدلالة في هذا القول الكريم** : ان الله تبارك وتعالى قد نهى عن الغيبة فدل النهي على تحريمها ، وقد جاء هذا التحريم بأسلوب التنفير ، الذى يبعث في النفس عوامل الاقلاع عن تلك العادة الذميمة ، التى قد تصادف هوى عند بعض النفوس، فشبهها الله عز وجل في الآية الكريمة ، بأنها كأكل لحم الانسان ميتا ، واذا كان الطبع السليم ينفر من أكل لحم الانسان ، فلأن تكون النفرة عن أكل لحم الانسان الميت أشد من باب أولى ، وفي هذا دليل على تحريم الغيبة أبلغ دلالـــة .

ومن السنة النبويـــــة :

١ — بما روى عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم قال : بحسب امرئ من الشر أن يحتقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه " (٢) .

---

(١) سورة الحجرات ـ آية ١٢ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم ، سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨٣ .

١٩٦ - وجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أن المسلم يكفيه أن يكون من أهل الشر باحتقار أخيه والغيبة من أخطر أدوات تحقير الشخص لأنها تنال من شرفه وعرضه ، ثم يزيد هذا المعنى بيانا با لأخبار الذى يدل على تحريم الدماء والاعراض والأموال ، وهو أمر معلوم من الشرع علما قطعيا(١)وكل ذلك يدل على تحريم الغيبة .

٢ - وبما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم قال : أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم ! ، قال ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أفرأيت ان كان في أخى ما أقول ؟ ، قال : ان كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وان لم يكن فيه ، فقد بهته " (٢).

١٩٧ - وجه الدلالة في الحديث على تحريم الغيبة :

انه قد جاء لبيان الغيبة الواردة بقول الله تعالى : " ولا يغتب بعضكم بعضا " ، ليكون بمثابة التفسير لها ، فكأن فيه تفسير لمعنى التحريم الوارد في الآية الكريمة ، فيكون دالا عليه .

---

(١) المرجع نفسه - ص ٣٨٥ .
(٢) أخرجه مسلم ، سبل السلام - ج ٤ - ص ٣٧٩ ، وما بعدها .

١٩٨ — ومن الاجمـــــاع :

انعقد اجماع علماء الأمة على أن الغيبة محرمة ، ونقـــل الاجماع صاحب سبل السلام فقال : وتحريم الغيبة معلوم من الشـرع، ومتفق عليه ، كما حكى الاجماع عن القرطبي على أنها من الكبائر (١).

١٩٩ — ظروف اباحة الغيبـــة :

واذا كان الاصل في الغيبة أنها محرمة بالكتاب والسنـــة والاجماع ، وذلك على أساس أنها تنطوى على نيل من شرف الذى يغتاب وعرضه ، وفي ذلك ضرر عليه ، فان هذا الأصل قد تقوم مصلحة شرعيـة معتبرة تجعل الخروج عليه أمرا مباحا ، ولذلك استثنى العلماء مـن الغيبة المحرمة أمورا ستة :

الأول : التظلم فيجوز أن يقول المظلوم ، فلان ظلمـــني وأخذ مالى أو أنه ظالم ، ويشترط أن يكون التظلم لمن له قدرة علـى رفع الظلم عن الشاكي وازالة أسبابه أو التخفيف من حدته ، دليلـه قول هند عند شكايتها له صلى الله عليه وسلم من أبي سفيان : انـه رجل شحيـح (٢).

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر بذكره لمن يظن قدرتـه على ازالته ، فيقول: فلان فعل كذا في حق من لم يكن مجاهرا بالمعصية.

الثالث : طلب الفتيا : بأن يستفتى عالما أو يستشـير خبيرا ، فيقول فلان ظلمنى بكذا فما طريقى الى الخلاص منه ، دليـل ذلك أنه لن يستطيع التوصل الى ما يريد معرفته مما يحرم عليه أو يحـل له ، الا بذكر ما وقع من المذكور بما يكره .

---

(١) سبل السلام – ج ٤ – ص ٣٨١ .

(٢) المرجع والمكان السابقـان .

الرابع : تحذير المسلمين من الاغترار بالشخص ، وتنبيههم الى مغبة التعامل معه فيما يعتقدون صدقه فيه ، كجرح الرواة والشهود ومن يتصدر للافتاء والتدريس مع عدم أهليته ، يدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : بئس أخو العشيرة ، وقوله : اما معاوية فصعلوك لا مال له ، وذلك حين جاءت فاطمة بنت قيس تستشيره صلى الله عليه وسلم في خطبة كل من معاوية بن أبي سفيان ، وأبو جهم فقال : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه ، ثم قال لها : انكحي اسامة (١) .

الخامس : ذكر من جاهر بالفسق أو البدعة ، ودليل ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : اذكروا الفاسق بما فيه كي يحذره الناس ، ويشترط أن يكون الذكر محدودا بما يجاهرون به دون غيره ، لأن جهرهم (٢) به دليل على أنهم قد استباحوا ذلك لغيرهم فلا ينبغي أن يطالبوا بضمان فعل ما وقع منهم .

السادس : التعريف بما في الشخص اذا كان التعريف به ينطوي على عيب فيه كالأمور والأعرج والأعمش ، بشرط أن يكون القصد من ذكر العيب هو التعريف به ، لا غيبته ، وقد جمع حالات الاباحة في الغيبة ابن أبي شريف في قوله :

الذم ليس بغيبة في ستة - متظلم ومعرف ومحذر
ولمظهر فسقا ومستفت ومن - طلب الاعانة في ازالة منكر (٣) .

٢٠٠ - رد اعتبار المضرور من الغيبة :

وقد رسمت الشريعة الاسلامية الطريق لمحو آثار الضرر الذى لحق من اغتيب في شرفه وعرضه ، وهذا الطريق يكاد يكون اسلوبا من أساليب التكذيب في نشر الوقائع التى نشرت عن شخص

---

(١) المرجع نفسه ، ص ٣٨٢ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .
(٣) المرجع والمكان السابقان .

وتنطوي على مساس بسمعته أو شرفه واعتباره ، وهذا الأسلوب وأن كان من الأساليب التي يتخذها شكل التعويض في المسئولية التقصيرية عن الضرر الأدبي بصفة خاصة ، فان أساسه قائم في التشريع الاسلامي .

يدل على ذلك ما رواه أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : كفارة من اغتبته أن تستغفر له " (١) ، ومن ذلك طلب صفحه وعفوه عما بدر ممن اغتابه من ضرر ، فقد أخرج البخاري من حديث أبي هريرة مرفوعا : من كان عنده مظلمة لأخيه في عرضه ، أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون له دينار ولا درهم ، أن كان له عمل صالح اخذ منه بقدر مظلمته ، وان لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه " (٢) ، وقد اخرج البيهقي نحو من حديث أبي موسى ، وقد دل هذا الحديث على أنه يجب استرضاء من طعن في عرضه وشرفه واعتباره ، والاعتذار له ، وتكذيب ما صدر عن المسئول من اضرار في حقه الأدبي .

٢٠١ ـ موقف القانون من أسباب الاباحة :

ويلاحظ أن هناك تقاربا بين الفقهين الاسلامي والوضعي فيما يتعلق بأسباب الاباحة ، حيث وضع ضمن أسباب الاباحة في القذف عدة حالات منها :

٢٠٢ ـ أولا : الطعن في أعمال موظف عام أو من في حكمه :

فاذا كان القصد من تقرير العقاب على السب العلني والقذف في القانون هو حماية شرف الانسان وعرضه ، فان هناك حالات تقتضي

---

(١) المرجع نفسه ، ص ٤٠٠ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

أن يضحى بالحماية في سبيل مصلحة أرجح ، وذلك كما في الطعن في أعمال الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة .

والموظف العام هو كل شخص يقوم بالعمل في خدمة مرفق عام مملوك للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة . سواء كان ذلك بأجر أم بدون أجر ، وسواء كان على سبيل الدوام أو التأقيت (١) والمكلف بخدمة عامة هو من عهدت اليه سلطة مختصة بأداء عمل مؤقت وعارض لحساب الدولة أو شخص معنوى عام (٢) ، والعلة في الاباحة في تلك الحالة هي الرغبة في اكتشاف ما خفى واستتر من أعمالهم الضارة بالمصلحة العامة توصلا لمحاكمتهم وتطهيرا للمصالح من شرورهم (٣) وهذا يقترب مما قرره فقهاء الشريعة من اباحة الغيبة طلبا لتغيير المنكر .

٢٠٣ — ثانيا : الالتزام بأداء الشهادة :

والالتزام بأداء الشهادة واجب فرضه القانون ، ومن قبل هو أمر واجب في الشريعة اذا تعين الشاهد للأداء ، وقد نصت على هذا الواجب في القانون المادة ١١٩ اجراءات جنائية ، حيث بينت الواجب وقررت العقاب على التقاعس عن أدائه فقالت : اذا حضر الشاهد وامتنع عن أداء الشهادة أو حلف اليمين يحكم عليه القاضي في الجنح والجنايات بعد سماع أقوال النيابة العامة بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويجوز اعفاؤه من كل أو بعض العقوبة ، اذا عدل عن امتناعه قبل انتهاء التحقيق " . وعلى ذلك :

---

(١) د . حسنين ابراهيم عبيد — جرائم الاعتداء على الاشخاص ص ٢١٨ دار النهضة العربية .

(٢) نقض ٢٥/١٢/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ — ٣٦٥ — ١٣٣١ ، وراجع د . محمود نجيب حسني — شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — ص ٥٩١ ، دار النهضة العربية .

(٣) نقض ٧/٢/١٩٢٧ — مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاما — ص ٧٣٣ .

فاذا انطوت الشهادة على قذف في حق أحد الأشخاص كان الفعل مباحا بشرط الا تخرج الشهادة عما يستلزمه تحقيق الدعوى، ومثال ذلك ما جاء في حكم لمحكمة النقض قالت فيه : "اذا قرر الشاهد في دعوى نفقة أن المدعى عليه عنده نقود ، وأنه يقرض منها بالربا الفاحش ثم رأت محكمة الموضوع في دعوى القذف التي رفعت عليه من أجل ذلك أن ما قرره عن مقدرة الزوج المالية لا يخرج عما يتعلق بموضوع الدعوى التي أديت الشهادة فيها، وبرأته على هذا الأساس فانها لا تكون قد أخطأت (١) ، وعلة الاباحة في تلك الحالة هي الكشف عن الحقيقة ومساعدة المحكمة على انزال العدالة على الناس .

٢٠٤ — ثالثا : اسناد القذف من خصم لآخر في الدفاع :

وهذه حالة ثالثة من حالات اباحة القذف في القانون . نصت عليها المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات فقالت : "لا تسرى أحكام المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ ، على ما يسنده أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوى أو الكتابي أمام المحاكم .."

وقد وضع الفقهاء شروطا للاباحة في تلك الحالة تتمثل في : أن يكون القذف صادرا من خصم لآخر ، وأن يقع القذف أثناء الدفاع (٢) وعلة الاباحة في تلك الحالة احترام حق المتقاضي في الدفاع عن نفسه . احتراما لما نص عليه الدستور بشأن كفالة حق الدفاع في المادة ٦٥ منه ، وتقرت هذه الحالة مما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية ، من أن الغيبة لا تعتبر محرمة بالنسبة للمتظلم من انسان .

---

(١) نقض ١٩٤٠/٣/٤ — مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٧١ - ١٢٢ .

(٢) د . محمود نجيب حسني — السابق — ص ٦١٩ ، د . حسنين عبيد — السابق — ص ٢٢٤ .

٢٠٥ - رابعا : حق النقد ونشر الأخبار في الصحف :

وهذه حالة رابعة من حالات اباحة النقد . الذى لا يبعد كثيرا عن القذف ، حيث عرفته محكمة النقض بأنه : ابداء الرأى في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته ، فاذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقاب عليه باعتباره مرتكبا لجريمة سب أو اهانة أو قذف على حسب الأحوال (١) ، ويختلف النقد عن القذف في أن الأخير يتضمن مساسا بشرف الشخص واعتباره ، أما النقد فهو حكم على أى تصرف أو واقعة أو شيء معين ، ويتفقان في أن كلا منهما يتضمن رأيا في غير صالح المنقود أو المقذوف في حقه ، وعلة الاباحة في النقد هي الكشف عن التصرفات الضارة التى تتعلق بالمجتمع ، وهذه الحالة تقترب مما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية بخصوص حالة الاباحة في الغيبة للمحذر من المكروه والمعروف به .

والنشر في الصحافة يعتبر صورة من صور النقد المباح ، اذا لم يتجاوز حدوده ويتعدى الى التشهير والانتقام ، وذلك على نحو ما قضى به من أنه : لا يعد ناقدا من نشر مقالا تحت عنوان : " نفقات حفلات الطرب ، الم يكن الفقراء أولى بها ؟ " ، وذكر فيه أن بعض الوزراء سلكوا سلوكا معيبا في غير حدود الاحتشام . وصدر منهم من المساخر ما لا يليق بأشخاصهم ومناصبهم (٢) ، وقد جاء في حكم آخر أنه : " متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على اسناد وقائع للمجنى عليه : هى أنه (مقامر بمصير أمة وحياة شعب ، وأن التاريخ كتب له سطورا يخجل هو من ذكرها . وأنه تربى على موائد المستعمرين ودعامة من دعامات الاقتصاد الاستعمارى الذى بناه اليهود بأموالهم ، وأنه يسافر الى بلاد الانجليز ليمرغ كرامة المصريين في الأوحال وليخترع نوعا من التسول هو الاستجداء السياسي) فانه يكون مستحقا لعقوبة القذف المنصوص

---

(١) نقض ١٩٦٥/١١/٢ - المجموعة ١٦ - ١٤٩ - ٧٨٧ .

(٢) نقض ١٩٣٢/١/٤ - المجموعة ٢ - ٣١١ - ٣٩٧ .

عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات ، اذ أن تلك العبارات تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لا وجبت عقاب من نسبت اليه قانونا أو احتقاره عند أهل وطنه ، ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقدا مباحا لسياسة المجنى عليه ، وقع تحت حسن نية (١)

(١) نقض ١٥/٦/١٩٤٨ ، وقد سبقت الاشارة اليه .

(المطلب الثالث)

الضرر الأدبي الناشئ من زوال البكارة

٢٠٦ — ومن صور ضمان الضرر غير المالي ، المساس بالشرف والاعتبار ما قرره الفقهاء من ضمان أرش البكارة ، اذا جاء اتلافه نتيجة غصب أو اكراه ، يدل على ذلك ما ذكره ابن قدامة قال : " ومن غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين فان كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا . وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة لأن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها (ويفهم من عبارته انها لو كانت حرة وطاوعت لا مهر لها وهو قول الشافعي في الأمة المطاوعة مستدلا بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي) ولأنه حق للسيد مع اكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها ، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزء منها ، ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة (١).

ويقول في الاكراه : ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها ، لأنها معذور وعليه مهرها حرة كانت أو أمة ، فان كانت حرة كان المهر لها ، وان كانت أمة كان لسيدها ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر ، لأنه وطء يتعلق به وجوب الحد . فلم يجب به المهر كما لو طاوعته ، ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة ، فاذا كان الواطئ من أهل الضمان في حقها ، وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة . وروى عن أحمد رواية أن الثيب لا مهر لها وان أكرهت نقلها ابن منصور ، وهو اختيار أبي بكر ، والصحيح الأول لأنها مكرهة على الوطء الحرام

---

(١) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٧ ـ مكتبة الرياض الحديثة.
والبكارة لغة : من البكر وهي العذراء ، وازالة البكارة : هي التعدى على المرأة بما يزيل غشاء بكارتها أو عذريتها ، راجع : مختار الصحاح ـ ص ٦١ .

فوجب لها المهر كالبكر ، ويجب ارش البكارة مع المهر كما قدمنا (١) .

٢٠٧ ـ أقول : ويبدو مما ذكره ابن قدامة : ان ارش البكارة يعتبر مضمونا ضمانا مستقلا عن جريمة الزنا ، وعن وجوب المهر للموطوءة ، وان كانت طريقة ضمانه مختلفة في أقوال الفقهاء ، حيث يرى بعضهم أنه يقدر كضرر مستقل ويضمن زيادة على ما يجب بجريمة الزنا والمهر ، وبعضهم يرى أن ضمانه داخل ضمن مهر البكر اذ العادة أن مهرها مرتفع لأنه متضمن لضمان البكارة ، وتقدير التعويض عن الضرر في ازالة البكارة يغلب عليه الطابع النفسي ، لأن الضرر المادى الناتج عن الجريمة والاكراه عليها ، قد ضمن بالحد والمهر ، فلم يبق الا أن يكون ضمان الارش ممثلا للابعاد النفسية والمعنوية للجريمة ، وتلك هي فكرة الضرر الأدبي .

(١) المغني ـ جـ ٥ ـ ص ٢٧٢ ، جـ ٦ ـ ص ٧٤٩ : حيث يقول : وذكر القاضي في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا اكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وارش البكارة . وهذا قول الشافعي ، وفي قول لا يجب الارش مستقلا ، بل يدخل في مهر البكر ، لكون المهر الواجب هو مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها ، فكانت الزيادة في المهر تمثل مقابلا لما اتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية ، يحققه انه اذا أخذ ارش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كانها معدومة ، فلا يجب لها الا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع ارش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه . المرجع نفسه ـ ص ٧٥٠ .

الفصل الثالث

الضرر الأدبي الذى يصيب مشاعر الانسان

٢٠٨ - وذلك النوع من الضرر الأدبي يمس الانسان في عاطفته وشعوره ، وطاقة الحنان الموجودة في فطرته ، ومن أمثلته ما يحدث للانسان من الم الاعتداء على أولاده أو أمه أو أبيه أو زوجته ، وكذلك ما يحدث للام التى انتزع طفلها من حضنها أو خطف ، فهذه الأعمال كلها ، تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل الى قلبه الغم والأسى والحزن (١)، ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي (٢)

وقد نظر فقهاء الشريعة الاسلامية الى مسألة خطف الطفل في باب السرقة من خلال بيانهم للمال المسروق حيث ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ، الى أن خطف الطفل لا يعد

---

(١) د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٨٦٥ ، د. أنور سلطان السابق - ص ٥٢٤ ، د. أحمد سلامة - السابق - فقرة ١٨١ ، ود. نعمان جمعة - المصدر السابق - ص ٥٧ ، د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٤٨٤ ، د. توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٣٨٩ ، طبعة ١٩٧٨ م .

(٢) ومن تطبيقات الضرر الأدبي الذى يمس الانسان في شعوره الأدبي ، ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٣ - طعن رقم ٣٤٤ س ٢١ ق - مجموعة القواعد القانونية لربع قرن ، رقم ٣٢ ، ص ٢٦٣ ، وقد جاء في هذا الحكم : "اذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس أن اخلال الشركة المطعون عليها قد اخلت بالتزامها معه ، مما ضيع عليه فرصة كان يترقبها وهي ظهور الافلام وذيوع شهرته من خلالها ، فانه يكون من غير المفيد الطعن على الحكم بأنه قد وصف هذا الضرر =

سرقة لأن الحر ليس بمال فلا تقطع يد السارق به (١) ، وذهب المالكية والظاهرية الى وجوب القطع لأن الحر الصغير كالعبد في حكم المالية فتقطع به (٢) ، كما أن الاعمال التي تصيب الشخص في معتقداته الدينية قد تكون جريمة الردة ، اذا وقعت من مسلم ، واذا وقعت من غير مسلم ذمي فانها تعد نقضا لعهده (٣) .

٢٠٩ — تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس المشاعر والعواطف :

والضرر الأدبي الذي يصيب الانسان في مشاعره وعواطفه أكثر تطبيقا في الفقه الاسلامي ، حيث أبرز الفقهاء خصائص هذا الضرر وبينوا كيفية ضمانه من خلال استجلاء غايات الاحكام الواردة بشأنه وبيان الحكمة من تقريرها ، ومن المؤكد بالنسبة لنا ، أن ما هو موجود بكتب الفقهاء القدامى يصلح لأن يضع أساسا لتأصيل أحكام الضمان في هذا الجانب الحيوي من جوانب الحياة ، واعطاء حكم واضح يقدر على علاج ما يتعلق به من آثار .

.. واذا كان الأمر يتعلق بمدى ضمان الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الانسان وعواطفه ، فان طبيعة هذا النوع من الضرر تكاد تكون أكثر وقوعا في ساحة الحياة الاجتماعية ، حيث يعيش الرجل مع المرأة ، ويرتبط معها بروابط الود ، ووشائج الرحمة ، وذلك

— بأنه ضرر أدبي فحسب ، بينما يرى الطاعن انه ضرر مادى ، موسوعة القضاء في المسئولية المدنية — جـ ٢ — ص ١٠٩ — عالم الكتب ١٩٧٩ .

(١) راجع : شرح فتح القدير — جـ ٥ — ص ٣٦٩ ، ونهاية المحتاج — جـ ٧ — ص ٤٦٠ ، والمغنى لابن قدامة — جـ ١٠ — ص ٢٤٥ .

(٢) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ ٤ — ص ٣٩١ ، والمحلى لابن حزم — جـ ١١ — ص ٤٠٦ ، ولذلك فانني سأكتفي في بيان حكم تلك الأعمال في الفقه الاسلامي بالأحالة الى باب الردة في المذاهب المختلفة .

بحكم التقارب الفطرى الذى ركبه الله في قلب كل منهما تجاه الآخر وعبر عنه القرآن الكريم أبلغ تعبير في قول الله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " (١) .

ولا شك أن كلا من الرجل والمرأة بحكم ما ركب الله في كل منهما من فطرة مدفوع نحو الآخر بمشاعر الود ، وأحاسيس الحنان ، بحثا عن هدوء الخاطر وراحة البال ، وقد نظم الشارع الحكيم هذا التقارب النفسي بين الرجل والمرأة ووضع له الضوابط الشرعية التى يجتمعان معا في ظلالها ، ويعيشان معا في ضوء أحكامها ، واذا جمع عقد النكاح بين رجل وامرأة ، وارتبطا معا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، كانت مشاعر كل واحد منهما تجاه الآخر في ظل هذا العقد في قمة السعادة ، وفي غاية الأمل خاصة مشاعر المرأة التى تجد في ارتباطها بزوج توازنا نفسيا يمثل بالنسبة لها أقصى ما تطمح اليه في حياتها .

٢١٠ — وأحكام التشريع الاسلامي لم تغفل قيمة هذا الجانب النفسي والحيوى والهام في حياة كل من الرجل والمرأة ، وقدرت ان كل مسلك يصدر من أحدهما وينطوى على مساس بمشاعره ، ونيل من عواطفه ، يعتبر ضررا محققا قد يقصر عن بلوغ مكانته في نفس كل من الرجل والمرأة ، أى ضرر غيره ، ولذا قرر له حكما يحمل معنى الضمان وان كان لم يصرح بذكره ، ربما لأن علاقة الرجل بالمرأة أسمى ، وأجل من أن توزن بما يوزن به غيرها ، وقد جاء هذا الحكم في أحوال فرق النكاح بين الزوج والزوجة ، كما اشير في الفقه أيضا بخصوص مدى مشروعية التعويض عن الضرر الناشىء من فسخ الخطبة . ومن المؤكد أن تلك الاضرار يغلب عليها الطابع الأدبي الذى يمس بصورة ملموسة عواطف الانسان ومشاعره .

---

(١) سورة الروم — آية ٢١ .

٢١١ - أحوال الضرر الأدبي الذى يمس عواطف الانسان :

والضرر الذى يمس العواطف وينال من المشاعر قد يأتي في مقدمات الزواج من خلال الرجوع في الخطبة ، وقد يأتي بعد الزواج ، وفي الحالة الأخيرة ، فانه قد يأتي من قبل الزوج وقد يأتى من قبل الزوجة ، وهذا يقتضى الاشارة الى الضرر الأدبي الذى يمس العواطف الانسانية من جراء الرجوع في الخطبة والى الضرر الأدبي الذى يمس العواطف الانسانية من جراء وقوع الطلاق أو ايقاعه ، ومن ثم فأننا سنعالج مسائل هذا الموضوع من خلال مبحثين ، أولهما : للضرر الأدبي الناشيء عن فسخ الخطبة وثانيهما : للضرر الأدبي الناشيء عن الطلاق .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الناشيء عن الرجوع في الخطبة

٢١٢ - والضرر الأدبي الناشيء عن فسخ الخطبة ، قد حظى باهتمام الفقهاء في كل من الشريعة والقانون ، خاصة ما يتعلق بمدى ضمانه ؛ وان كان مجال الفصل بين الاتجاهين في مجال أحكام الاسرة غير واضح لأن قانون الأحوال الشخصية الذى ينظم أحكام الأسرة كما هو معروف مأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية مباشرة ، ومع ذلك فان الاشارة الى اتجاه فقهاء القانون والشريعة في تلك المسألة سيفيد في تعميق معنى الضمان في هذا النوع من الضرر ومن ثم تجدر الاشارة الى ذلك من خلال مطلبين .

(المطلب الأول)

اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض من فسخ الخطبة

٢١٣ - من المعروف في فقه القانون أن الخطبة ليست عقدا ملزما ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بالزواج من شخص معين (١) ، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام ، الذى يقرر حق الانسان في اختيار من يريده في عقد النكاح ، ولكن فسخ الخطبة أو الاخلال بالوعد بالزواج اذا لم يكن خطأ عقديا ، فأنه قد يكون خطأ تقصيريا يوجب التعويض ، ومعيار الخطأ هذا هو المعيار المعروف ، فاذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى في مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية ، والاصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض الا عن الضرر المادى ، لكن هذا لا يمنع أن يكون

(١) د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية - ص ١٨٨ ، حيث يعرف الخطبة بأنها ارتباط أدبي أباحه الشارع الاسلامي كسياج يمنع الاعتداء عليه ، حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا . والمسألة كلها مزاعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير ، وكان ما ذهب اليه د . السعيد مصطفى السعيد في رسالته بالفرنسية عن مدى استعمال حقوق الزوجية - ص ٨٢ ، وص ١١٧ ، حيث انتهى الى أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات ، وان العدول عنه حق مقيد استعماله بحكمة خاصة، مشار اليه في سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان ، وقد انتقد هذا الاتجاه بما قرره المرحوم الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم في مقدمة الرسالة المذكورة : ان اعتبار الخطبة عقد الا تساعد عليه النصوص الفقهية ، المرجع نفسه - ص ١٨٩ .

متمخضا عن ضرر أدبي يستوجب التعويض (١) .

٤٤١ - وقد استقرت هذه المعاني في القضاء المصري بعد اضطراب وتأرجح انتهى الى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض اذا نشأ عنه ضرر سواء كان هذا الضرر بسلوك الخطيب أثناء الخطبة ، أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، على نحو يتسبب في احداث اضرار مادية أو أدبية ، وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية : من أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن اغفال اعتبارها ، ولا تحريرها من أي تقدير قانوني ، ففيها يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم ، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين باجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم ، وأنه وان كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عينا ، أي اجراء هذا التعاقد النهائي ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ الا حقا شخصيا ، الا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض ، وليس في هذا مساسا بحرية الزواج اطلاقا ، اذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده ، ولكن اذا اجرى ذلك في تهور أو عنف أو خاليا مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع ، أو لمجرد الهوى ، فان ذلك يوجب التعويض ، والتعويض الأدبي لا يقصد به الاثراء ، ولكن لرد الكرامة ومحو الاثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطيء ، كما تستحق الخطبة تعويضا ماديا عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح (٢) فاذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاء الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية سواء كان الضرر أدبيا أو ماديا ، وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في حكم لها قالت

---

(١) الوسيط - للسنهوري - ج ١ - ص ٨٢٧ ، والأحكام المشار اليها فيه ، وراجع : د . عبدالمنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ص ٥٦٢ - دار النهضة العربية ١٩٧٩ م .

(٢) محكمة سوهاج الكلية في ١٩٤٨/٥/٣٠ ، المحاماه ٢٨ - ٤٣٤ - ١٠٥٦ .

فيه : أن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أى وقت شاء ، خصوصا ، وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع لأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناءة دهر وتجلب شقاء سنين ، وهذا لا يكون اذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتهما افعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الافعال قد الحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فانها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - افعال ضارة موجبة للتعويض (١).

---

(١) نقض مدني في ١٤/١٢/١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ - ١٤ - ٣٠ .
وراجع : السنهوري - نظرية العقد فقرة ٤٨٠ ، والوسيط ج ١ - ص ٨٣ ، ود . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٦٢ والاستاذ مصطفى مرعى في المسؤلية المدنية - ص ١١٥ - فقرة : ١٢١ ، ود . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٦٣ وما بعدها .
وراجع في أساس المسئولية في العدول عن الخطبة رسالة د . السعيد مصطفى السعيد - مدى استعمال حقوق الزوجية - من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ - ص ٥٣ ، وما بعدها ، وص ٨٢ وص ١١٧ ، وراجع بحوث وتعليقات على أحكام المسئولية المدنية للدكتور سليمان مرقس - السابق - ص ٨٥ وما بعدها .

(المطلب الثاني)

الضرر الأدبي الناشيء عن فسخ الخطبة عند فقهاء الشريعة

٢١٥ — من المقرر في الفقه الاسلامي أيضا أن الخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الالزام ، ولكن أقصى ما تدل عليه الخطبة اذا تمت أن تكون وعدا بعقد ، وليس للوعد بعقد قوة الزام عند الجمهور . خلافا لما ذهب اليه المالكية في قول عندهم صححه ابن الشاط في حاشيته على الفروق(١)، وهو مذهب ابن شبرمة(٢) وقول عند الحنابلة(٣) استدلالا بقول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون " (٤) ، حيث إن الوعد اذا اخلف يكون قولا بلا فعل فيلزم أن يكون كذبا محرما ، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم خلف الوعد من آيات المنافق فيما أخرجه البخارى ، أنه صلى الله عليه وسلم قال : " آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا ائتمن خان " (٥) ، والأدلة في تحريم خلف الوعد كثيرة خاصة اذا كان الوعد قد ترتب عليه خسارة مالية ، وهذا النوع من الوعد هو المعروف عند المالكية : بالعدة اذا كانت على سبب ودخل الموعود فيه فانها تلزم بحصوله (٦) .

---

(١) ابن الشاط - ادرار الشروق على انواء الفروق ، بهامش الفروق للقرافي - جـ ٤ - ص ٢٤ ، دار احياء الكتب العربية.

(٢) المحلى لابن حزم - جـ ٨ - ص ٣٧٧ .

(٣) كشاف القناع - جـ ٣ - ص ٣١٦ ، والفتاوى الكبرى لابن تيمية - جـ ٣ - ص ٤٧٤ .

(٤) سورة الصف - الآيتان : ٢ ، ٣ .

(٥) أخرجه البخارى ، راجع : فتح البارى - جـ ٥ ص ٢٨٩ .

(٦) الحطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، مع فتح العلى المالك - جـ ١ - ص ٢٥٦ وما بعدها . وراجع الالتزامات في الشرع الاسلامي - للشيخ أحمد ابراهيم - ص ٢١٦ ، دار الانصار.

٢١٦ — والواقع ورغم قوة الأدلة التي يقوم عليها رأى القائلين بالزام الوعد ، وانه يجب الوفاء به قضاء ، الا أن الخطبة بصفة خاصة لا يسلم لها هذا الحكم ، لأن الوفاء بالوعد فيها اثره عشرة عسر والالزام فيها ، ينطوى على حرج لا يطاق ، ومشقة تفسد معنى الحياة ، ومن ثم فان المصلحة توجب أن يكون كل من طرفي العقد له الحرية التامة قبل ابرامه ، لأنه عقد الحياة ، ومن المصلحة فيه التروى وترديد الأمر فيه ، حتى اذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة ، ولو الزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على عقد تقتضي المصلحة الراجحة فيه أن لا يتم الا بعد رضا تام واقتناع مطلق (١) والقول بالزام الوفاء بالوعد مطلقا ، لا يستقيم مع هذا المعنى في الخطبة ، وينبغي صرفه الى غير الخطبة من المعاملات المالية وغيرها .

لكن القول بعدم الزام الخطبة لا يمنع من حصول اضرار تترتب على هذا العدول ، وهذه الاضرار رغم أنه قد يغلب عليها الطابع المادى ، كما اذا قامت المخطوبة باعداد الجهاز أو تركت عملها الذى كانت تتكسب منه ، أو قام الخاطب باعداد مسكن خاص اشترطته عليه المخطوبة ، ثم عدلت هي عن الخطبة ، فان هذا وغيره يعتبر من الاضرار المادية التي تنشأ عن العدول .

وبجانب هذه الاضرار المادية يوجد نوع آخر من الضرر لا يقل من هذه الاضرار اثرا في نفس الخاطب أو المخطوبة ، بل قد يزيد ، وهو الضرر الأدبي أو المعنوى الذى يتمثل في جرح الشعور والاحساس(٢) وتعريض الطرف الآخر للاقاويل والشائعات ، فهل يرقى هذا الضرر لأن يضمن في الفقه الاسلامي ؟ ذلك ما ينبغي النظر فيه .

---

(١) في هذا المعنى : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص ٣٨ — دار الفكر العربي .

(٢) د . زكي الدين شعبان — الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، فقرة ٥٥ — ص ٧٩ — منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣ م .

٢١٧ — ليس في كتب القدامى ذكر لهذه المسألة :

وبالنظر في كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، لا نجد فيها ذكرا لهذه المسألة ، اذ يبدو أن طبيعة الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم تكن تسمح باثارة مثل هذه المسألة حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل واصدار الحكم فيها ، لأن مظهر الحياة الاجتماعية المعاصرة فيما يتعلق بمقدمات الزواج ربما ينطوى على مخالفة واضحة لما تقضي به الأحكام الشرعية ، مما لم يكن موجودا عندهم ، فالاسلام لا يبيح للخاطب الا النظر والحديث الى مخطوبته والخروج معها بحضور محرم لها ، ولا يتصور في مجتمع يقوم على قيم الاسلام وآدابه أن يلتقي الخاطب مع مخطوبته الا مرة أو مرتين مع محرم ، أما ما استقرت عليها بعض العادات السيئة ، والاعراف الضارة من الاختلاط الزائد والخروج دون محرم ، والظهور أمام الناس بمظهر أقرب الى الزوجة منه الى المخطوبة ، وما ينشأ عن ذلك من اضرار تلحق بالمخطوبة عند العدول ، فذلك لم يكن موجودا في عهد هؤلاء الفقهاء ، ولا في البيئات التى تتمسك بتعاليم الاسلام (١) .

ولكن المسلمين حين انحرفوا عن تعاليم الاسلام في كثير من المجتمعات ، وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدها ، ترتب على ذلك اضرار لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب ولا يتم الزواج ، مما دعا الفقهاء المحدثين الى البحث عن هذه الاضرار وبيان حكم الشريعة منها .

---

(١) المرجع السابق — ص ٨٠ .

٢١٨ — أساس قيام الضرر في العدول عن الخطبة :

ولقد كان رائد الفقهاء المحدثين ، وهم بصدد البحث عن أحكام شرعية تواجه ما استجد في حياة المسلمين من اضرار أدبيه تلحق بالمخطوبة اذا حصل العدول من الخاطب بعد اختلاط وخروج ودخول أمام الناس ، أقول : لقد كان رائد الفقهاء في تكييف الضرر الحاصل والبحث عن أساسه أمرين :

أولهما : الرجوع الى أقوال قدامى الفقهاء في طبيعة الخطبة ، وهي تكاد تجمع على أن الخطبة وعد غير ملزم شرعا (١).

ثانيهما : الرجوع الى القواعد الفقهية التي تحكم الضرر .

وقد ترتب على اعتبار الأساس الأول وقد انتهى الى أن الخطبة وعد غير ملزم أنه يجوز لكل من طرفيه أن يعدل عن الخطبة في أي وقت ما دام عقد الزواج لم يتم بينهما ، ومتى كان العدول حقا لكل منهما ، فلا ضمان عليه في استعماله ، لما هو مقرر شرعا : ان الجوار الشرعي ينافى الضمان ، وان من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بالتعويض عن الضرر الناشيء عن هذا الاستعمال ، ومقتضى هذا الا يحكم بالتعويض عن الضرر الناشيء عن فسخ الخطبة ، سواء كان ضررا أدبيا أم ماديا ، وسواء كان للعادل دخل في الضرر الذى لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك (٢) .

كما يترتب على اعتبار الاساس الثاني ، وهو مراعاة القواعد الشرعية التي تحكم الضرر ، والتي تقضي برفعه أن نفرق بين حالتين :

---

(١) أبو زهرة — السابق — ص ٣٨ ، وزكى الدين شعبان — المكان السابق .

(٢) د . زكى الدين شعبان — المرجع والمكان السابقان .

٢١٩ — الحالة الأولى : أن يكون للعادل من الخطبة دخل في حصول الضرر الذى لحق بالطرف الآخر سواء كان ضررا ماديا أم أدبيا بمعنى أن يكون الضرر ناشئا عن فعله الشخصي وليس عن مجرد العدول كما لو طلب جهازا خاصا أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها ، أو يقترن العدول بتصرفات طائشة من العادل توحى بأنه قد عدل لقادح في عرض أو شرف مما يسيء الى المخطوبة اساءة أدبية ، أو يشيع عنها ما يقدح في خلقها ، أو يمس سلامة بدنها كزوجة في المستقبل . أو يكون العدول قد تم دون مسوغ مقبول مما يسفر عن طعن للمخطوبة في مشاعرها وعواطفها . وفي تلك الحالة يكون العدول تغريرا وضررا موجبين للضمان .

٢٢٠ — الحالة الثانية : أن يخلو العدول مما يوجب الضمان أى يقتصر أمره على مجرد استعمال حق العدول دون مجاوزة له أو اساءة في استعماله ، وهنا لا يتقرر الضمان (١) ، ولا تعارض بين كون العدول حقا ، وبين تعويض الضرر ، لأن التعويض ليس عن العدول المجرد ، ولكنه تعويض لضرر ناشيء عن العدول بعد السير في أسباب الزواج كما ذهب المالكية في رأى لهم في الوعد سبق بيانه ، ولئن كانت المصلحة تقتضى عدم تنفيذ الوعد عينا باتمام الزواج ، فلا أقل من التعويض عن الاضرار التى نشأت عنه ، وكان السبب فيها هو العادل فإن لكل حق ميقاتا معلوما في حكم الشرع والانصاف (٢) .

---

(١) زكى الدين شعبان — السابق — ص ٨١ ، أبو زهرة .

(٢) أبو زهرة — المرجع نفسه — ص ٤٠ ، د. محمد يوسف موسى — أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي — ص ٤٩ فقرة ٥٤ — طبعة ١٩٥٨ مؤسسة الخانجي بالقاهرة ، د. محمد مصطفى شحاته الحسيني — الأحوال الشخصية — ص ١٧ — طبعة ١٩٨٣م ، د. محمود الطنطاوى — الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ص ٢١ ، وما بعدها — الطبعة الثانية — دار النهضة العربية ، د. وهبة الزحيلي — الفقه الاسلامي وادلته — جـ ٧ — ص ٢٧ وما بعدها . دار الفكر .

وقد استقر القضاء في مصر على هذا الذى قرره الفقهاء وانتهى كما رأينا الى أن الخطبة ليست بعقد ملزم ، وان مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض ، وان العدول عن الخطبة اذا اقترن بأفعال أخرى الحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية (١).

وفي رأينا أن ما انتهى اليه القضاء في هذا الموضوع يتفق مع القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، وما تقتضيه الأحكام الشرعية في هذه المسألة ويكون القانون قد تلاقى مع مبادىء الشريعة منها .

---

(١) قررت محكمة النقض هذه المبادىء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، السابق الاشارة اليه ، وراجع : د. زكى الدين شعبان ـ المصدر نفسه ـ ص ٨٢ وما بعدها ، د. بدران أبوالعينين بدران ـ الزواج والطلاق في الاسلام ـ ص ٣٤ ـ مؤسسة شباب الجامعة .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الناشئ من الطلاق

٢٢١ - ولا يقتصر حصول الضرر الأدبي الذى يمس مشاعر الانسان وعواطفه على مجرد العدول عن الخطبة ، فان هذا العدول قد يكون ضرره محتملا ، كما أن وقعه قد يكون مستساغا اذا اسفر الفسخ عن مصلحة تعود على كلا الطرفين قبل أن يشرعا في رابطة تكلف كل واحد منهما عبئا ماليا ونفسيا ، ربما يكون التخلص منه بعد ذلك أمرا مرهقا ، ولذلك كان الطلاق متضمنا لحصول ضرر أدبي ملموس وواضح ، والضرر الأدبي في الطلاق أكثر منه وجودا وأثرا في العدول عن الخطبة ، ولذلك فانه قد حظى باهتمام التشريع الاسلامي الذى نظم طرق استحقاق التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ من خلال تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتى من أهمها المتعة ، وكذلك من خلال اقرار الشريعة الاسلامية لبدل الخلع ، ومن المؤكد أن أحكام الشريعة الاسلامية المقررة في هذا المجال معمول بها في مجال الفقه الوضعي والقضاء ، لأن أصل القانون المعمول به فيها مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبقت الاشارة الى ذلك ، ولكن يبدو أن القضاء المصرى في هذا المجال قد اتجه نحو تقرير التعويض عن مجرد الضرر الأدبي أو النفسي الذى ينشأ عن الطلاق مجردا ، وهذا التعويض يعتبر في فقه القانون أمرا زائدا على الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتى قررتها أحكام الشريعة الاسلامية ، ولذلك ينبغي تحليل اتجاه الفقه الوضعي والقضاء بخصوص هذا الموضوع ، مع بيان اتجاه الفقه الاسلامي بصدد تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق ، والتى يمكن النظر اليها وفقا لطبيعتها على أنها نوع من التعويض عن ضرر أدبي ، وسوف نعالج مسائل هذا المبحث من خلال مطلبين :

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الناشئ من الطلاق في الفقه الاسلامي

٢٢٢ — من المعروف أن الطلاق يترتب عليه ضرر أدبي لكل من الزوج والزوجة ، وأن وجود هذا الضرر في جانب كل منهما متوقف على تصرف كل واحد منهما قبل صاحبه ، أى أن وجود الضرر الناشئ عن الطلاق بالنسبة لكل واحد من الزوجين على حده يعتبر أمرا نسبيا ، لأن الطلاق اذا أوقعه الرجل ، فانه يكشف عن رغبة له نسي المفارقة ينتفي معها القول بحصول ضرر له فيه ، والا لما أوقعه ، واذا طلبت المرأة فراق زوجها على مال ، فان عطها هذا لا يمكن القطع بحصول ضرر لها فيه ، وانما الذى يمكن الجزم به أن الطرف الذى أوقع عليه الطلاق هو المضرور ، ومن ثم فان محدث الضرر قد يكون هو الزوج وقد تكون هي الزوجة .

٢٢٣ — الضرر الذى يحدث من جانب الزوج :

وفرق النكاح قد يأتي من قبل الرجل ، وفي ظل تغير حدث في قلبه ، وتحول طرأ على مشاعره ، دون أن يكون لدى المرأة ما يقابله ، بل ودون أن يكون لدى المرأة أى رغبة في فراقه ، فاذا ما فوجئت بهذا التحول في قلب زوجها ، استشعرت أن الحياة تنهار من حولها ، وأن آمالها في طريقها للذبول والموت ، وهنا يكون ضررها شديدا ، والمها كبيرا ، وشدة الالم لدى المرأة من فراق زوجها لها تختلف في دوافعها بعد عقد النكاح وقبل الدخول ، عنها بعد الدخول وطول العشرة ، ولذلك قدر الشارع طبيعة الضرر النفسي الواقع على الزوجة في كلتا الحالتين ووضع له مقابلا من المال يغلب على تكييفه أنه مقابل لما أصابها من ألم الفراق ووحشة البعاد ، وهذه المعاني لا تبعد كثيرا عن مفهوم الضرر الأدنى كما سنرى .

٢٢٤ — الضرر الذى يحدث من جانب الزوجـة :

وحصول الضرر النفسي الناشئ في اطار علاقة الزوجة لا يقتصر على الرجل وحده ، بل للمرأة فيه حظ وافر ، فقد تأتى النفرة من قبلها ، وترغب في فراق زوجها لأنها تكرهه ولا تطيق عشرته ، وهذا المسلك من قبلها قد يدفعها الى افتداء نفسها من زوجها نظير مبلغ من المال على نحو ما ورد في الخلع وتتناول هاتين الحالتين بالتوضيح الذى يبرز معنى ضمان الضرر الأدبي فيهما ، وذلك من خلال دراسة أحكام كل حالة في فرع على حدة .

(الفرع الأول)

الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق من قبل الزوج

٢٢٥ — والضرر الحاصل من قبل الزوج — كما سبقت الاشارة — يختلف في طبيعته وجسامته قبل الدخول ، عنه بعده ، لأن العشرة الزوجية ، واعتياد نفس الزوجة عليها ، يزيد من وحشة الفراق ، ويضاعف ألم البعاد عما ألفته واعتادت عليه ، ولذلك قرر الشارع للمرأة نصف المهر المسمى في الحالة الأولى ، والمتعة في الحالة الثانية ، ونشير الى هذين الأمرين بشيء من التفصيل الذى تقتضيه الدراسة .

٢٢٦ — أولا : وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول :

اذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة الصحيحة ، فانه يجب للزوجة نصف المهر وذلك اذا كان المهر قد سمى في عقد الزواج تسمية صحيحة ، وحصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، سواء أكانت هذه الفرقة طلاقا أم فسخا ، كالفرقة بلفظ الطلاق ، أو بسبب الايلاء

واللعان ، وكالفرقة بسبب ردة الزوج عن الاسلام أو اباء الزوج غير المسلم عن الدخول في الاسلام بعد أن اسلمت الزوجة (١).

دليل هذا الحكم قول الله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم " (٢)، حيث دل هذا القول الكريم على وجوب نصف المهر للزوجة اذا كان المهر مفروضا ، أى مقدرا تقديرا صحيحا ، ومن لطف التشريع في هذه المسألة ، أنه قد ارشد الازواج الى عدم المطالبة بما يستحقون من التنصيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الافتراق ، يقول الله تعالى : " الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم " (٣) ، وقد روى الدارقطني عن جبير بن مطعم انه تزوج امرأة من بنى نضر ، فطلقها قبل الدخول بها فأرسل اليها بالصداق كاملا وقال : الا أن يعفون ، وأنا أحق بالعفو (٤) .

٢٢٧ — وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقي ، والحكمي يتفق مع القواعد الفقهية لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد ، يقتضي نقضه من أصله ، ومن شأن هذا النقض أن لا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شيء ، ولكن الطلاق في ذاته انهاء للعقد . وليس نقضا له ، كما ان انهاء العقد

---

(١) راجع : بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٢ ـ ص ٢٩٦ ، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣ ، وما بعدها ، والمهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٥٩ ، وكشاف القناع ـ جـ ٥ ـ ص ١٦٥ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٧ .

(٣) تكملة الآية السابقة .

(٤) مشار اليه في : الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاته ـ السابق ـ ص ٧٠ .

وراجع : د . زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨٧ ، د . محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٢١٣ ، د . وهبة الزحيلي السابق ـ ص ٢٩٢ ، الشيخ محمد أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٢٢٤

يقرر أحكامه السابقة على الانهاء ، ولا يلغيها ، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله . فكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر ، أن يجب نصف المهر . اذ أن النظر الأول ينفي المهر كله . والثاني يثبته كله فتوسطا بين الأمرين وجب التنصيص (١).

٢٢٨ — ولا يشترط للتنصيف أن يكون المهر قد سمي في عقد النكاح ، بل يجب التنصيف حتى ولو كان المهر قد فرض بعد العقد ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء استدلا بقول الله تعالى : فنصف ما فرضتم ، حيث بينت الآية أن الواجب نصف المهر ، سواء كانت التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته ، بدليل أنها تكون واجبة أن تأكد المهر بدخول أو وفاة (٢).

وقد ذهب الحنفية الى خلاف ذلك ، وفي هذا المعنى يقول الزيلعي : وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف ، يعني اذا تزوجها ، ولم يسم لها مهرا ، أو نفاه بأن قال زوجيني نفسك على لا مهر لك ، فقالت : قبلت ، ثم تراضيا على التسمية . وسمى لها بعد العقد ، أو تزوجها على مهر مسمى . ثم زادها بعد ذلك وطلقها قبل الدخول بها ، فان ما وجب بعد العقد ولا الزائد على المسمى بعده ، لا يتنصف

---

(١) د . محمد الحسيني شحاته — السابق ، أبو زهرة — السابق ص ٢٢٥ .

(٢) راجع في هذا المعنى : الأم — جـ ٥ — ص ٦١ ، قليوبي وعميرة جـ ٣ — ص ٦٩ ، ومنار السبيل — جـ ٢ — ص ٢٠ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦ ، أبو زهرة — السابق — ص ٢٢٥ ، د . محمود الطنطاوى — السابق — ص ٢١٤ ، زكي الدين شعبان — ص ٢٨٨ د . محمد يوسف موسى — السابق — ص ١٩٧ .

بل تجب المتعة في الأول ، ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد ، وكان أبو يوسف أولا يقول بتنصيف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة بعده (١) .

والحنفية — كما يبدو من أقوالهم — وان كانوا يقولون بعدم وجوب نصف المهر غير المسمى في العقد عند الطلاق قبل الدخول ، فانهم يوجبون عوضا عنه وهو المتعة ، حيث يقولون بوجوبها في هذا الموطن ، والضابط في هذا عندهم كما يقول الكاساني : ان كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في زواج لا تسمية فيه للمهر توجب المتعة ، لأن هذه الفرقة توجب نصف المهر في زواج فيه تسمية — والمتعة عوض عنه (٢) ، ومن ثم كان الطلاق قبل الدخول والخلوة موجبا لعوض باتفاق الفقهاء ، وهو نصف المهر المسمى عند الجمهور ، أو بدله وهو المتعة الواجبة في هذه المسألة عند الحنفية ، أى أن مبدأ التعويض متفق عليه ، أما طريقة التعويض فيبدو انها هي التى محل خلاف بينهم .

٢٢٩ — شروط وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول :

ويشترط حتى يجب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول ، أو تجب المتعة عند الحنفية شروط :

---

(١) تبيين الحقائق — للزيلعي — جـ ٢ — ص ١٤١ ، وبدائع الصنائع — جـ ٢ — ص ٢٩٨ ، وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع — جـ ٢ . — ص ٣٠٣ .

أولها : أن تكون الفرقة بسبب من جهة الزوج ، ولا فرق في ذلك بين الطلاق أو الفسخ ، ويستثنى من ذلك اذا كانت الفرقة بسبب خيار الزوج عند البلوغ وقد اختار الفسخ وحكم القاضي له به ، فانه لا يجب للزوجة شيء من المهر في هذه الحالة ، لان الشارع أعطاه الخيار للابقاء على الزواج ، أو المطالبة بفسخه ، فلابد أن يكون لهذا الخيار فائدة (١) ، وهي سقوط نصف المهر، لما هو مقرر من أن الجوار الشرعي ينافي الضمان ، فاذا حدثت الفرقة بسبب من جهة الزوجة ، كردتها قبل العقد الصحيح عليها ، وقبل الدخول الحقيقي ، أو الخلوة الصحيحة بها ، فانها لا يجب لها من المهر شيء ولا تجب لها المتعة أيضا .

ثانيها : أن يكون الطلاق قبل الدخول ، ودليل هذا الشرط قول الله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " (٢) ، فاذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة ، وكان الدخول حقيقيا ، فانه يجب المهر كله بدلالة الآية الكريمة نفسها ، حيث تدل بمفهومها على وجوب المهر كله اذا كان الطلاق بعد المس ، وهو الوقاع(٣) لأن الزوج قد استوفى حقه بالدخول فيتقرر حق الزوجة في المهر كاملا .

ثالثها : أن لا يعترى وجوب نصف المسمى مسقط له ، والاسقاط قد يكون بعفو المرأة أو وليها ، كما يقول الله تعالى : " الا أن يعفو أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح " ، فاذا طرأ العفو على الوجوب

(١) د . محمود الطنطاوى ـ المرجع نفسه ـ ص ٢١٣ وما بعدها
د . محمد يوسف موسى ـ المرجع نفسه ـ ص ١٩٦ ، د . بدران أبو العينين بدران ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٠٨ ، د . زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨٧ .

(٢) سورة البقرة ـ آية ٢٢٧ .

(٣) د . زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨١ .

فانه يسقط . . . وقد يكون الاسقاط بقيام مانع لاستحقاق الزوجة ما يجب في ذمة زوجها لها ، وذلك كما لو كانت الزوجة قد قتلت زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، فانها بهذا القتل يسقط حقها في المهر كله ، ذلك ما قال به جمهور الفقهاء ، وهو ما نرجحه لانها قد انهت حياة زوجها بالجناية عليه ، ولئن كان القتل مانعا من الميراث فأولى أن يكون مانعا من استحقاق غيره من الحقوق المالية ، كما أن المرتدة اذا كان مهرها يسقط بعصيانها . . فليسقط في حالة قتل زوجها بنفس السبب أيضا (١) .

. . ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، وان كان العمل بما ذهب اليه مخالفوهم ممن قالوا بوجوب المهر للمرأة كاملا بالموت أو بالقتل أيا كان هذا القتل ، وذلك ما ذهب اليه أبو حنيفة والصاحبان ، ولقد قرر الامام زفر أن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفا في ذلك كل جمهور الفقهاء ، ودليله : ان قتلها نفسها جناية ، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها ، فيسقط حقها في المهر اذا لم يكن مؤكدا بالدخول من قبل ، وقد ذهب الامام زفر مع جمهور الفقهاء أيضا في قولهم : " ان قاتلة زوجها يسقط مهرها كله قبل الدخول ، فما مهدت الجنايات مؤكدة للحقوق (٢) .

٢٣٠ — طبيعة المال المستحق للمرأة بالطلاق قبل الدخول :

ووجوب نصف المهر للمرأة اذا طلقت قبل الدخول ينطوي على معنى المواساة لها ، بتعويضها عما نكبت به في مشاعرها وعواطفها ، وهي في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها ما يبرر فراق

---

(١) د . محمود الطنطاوى ، المرجع نفسه – ص ٢٠٦ وما بعدها .
(٢) أبو زهرة – السابق – ص ٢١٩ .

زوجها لها ، فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة ، وقد ألمح كثير من الفقهاء عن هذا المعنى ، يقول الشيخ محمد أبو زهرة : " ان وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول فيه معنى التسريح بإحسان الذى أمر به الله سبحانه وتعالى حيث قال تعالى : " وسرحوهن سراحا جميلا " ، ولأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر لها (١)

... ومما يدل على هذا المعنى ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج ، فان كانت من قبلها لا تستحق شيئا ، لأن تصرفها هنا ينطوى على معنى اسقاط ما هو واجب لها ، ونصف المهر ما هو الا مال يبذل في غير معاوض فلم يبق له معنى الا تعويض الألم النفسي الذى يصيب المرأة من جراء فراق زوجها .

٢٣١ — ثانيا : استحقاق المطلقة للمتعة :

والمتعة صورة من صور التعويض عما يصيب الزوجة من جراء طلاق زوجها لها وهي تتمثل فيما يقدمه الزوج لزوجة زائدا على صداقها وهذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية ، وانما هي نوع من التعويض عن ألم الفراق كما سبق ، يبدو هذا المعنى واضحا من خلال تعريف الفقهاء لها .

وهي في اللغة : مشتقة من المتاع ، وهو ما يستمتع به (٢)، وقد عرفت في اصطلاح الفقهاء بما يبرز فيها هذا المعنى ، حيث تعرف بأنها : هي المال الذى يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على

---

(١) المرجع نفسه — ص ٢٢٥ ، وفي هذا المعنى : محمد مصطفى الحسيني شحاته — السابق — ص ٧٦ ، د . زكي الدين شعبان ، السابق — ص ٢٨٩ ، وراجع : بداية المجتهد جـ ٢ — ص ٢٤ ، حيث يقول : " أنه انما وجب لها نصف الصداق عوضا كان لها لمكان الجبر " .

(٢) مختار الصحاح — ص ٦١٤ .

الصداق لتطييب نفسها ، وتعويضها عن الألم الذى أصابها بسبب الفراق (١) ، أو هى ما يقدمه الزوج لزوجته بعد فراقه لها من الثياب أو ما يقوم مقامها . تعويضا لها عن وحشة الفراق (٢)

حكم المتعة والدليل عليه :

وللفقهاء في حكم المتعة تفصيل تجدر الاشارة اليه .

٢٣٢ ـ أما الحنفية :

فان المتعة عندهم تجب في نوعين من الطلاق ، أولهما : الطلاق قبل الدخول اذا لم يسم لها مهرا أو سمى لها مهرا ، تسمية فاسدة ، ودليل هذه الحالة قول الله تعالى : " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" (٣). حيث أمر الله في الآية الكريمة بالمتعة للزوجة التى طلقت قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهر ، والأمر للوجوب ، وقد جاء مقترنا بما يؤكده وهو قول الله تعالى : حقا على المحسنين .

وقالوا أيضا : أنها بدل عن الأمر الواجب وهو نصف المهر وبدل الواجب يكون واجبا فتكون المتعة واجبة (٤)

---

(١) د . زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨٩ ، د . محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٢١٦ .

(٢) د . محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٢٠٤ .

(٣) سورة البقرة ـ آية ٢٣٦ .

(٤) فتح القدير ـ للكمال بن الهمام ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٩ .

وثانيهما : الطلاق الذى يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر ، وانما فرض بعده لقول الله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن مما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا" ، فالآية الأولى أوجبت المتعة في كل المطلقات قبل الدخول ، ثم خصت منه من سمى لها مهرا فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر ، والآية الثانية أوجبت المتعة لمن لم يفرض لها فريضة ، وهو منصرف الى الفرض في العقد (١) .

وتكون مستحبة عند الحنفية فيما عدا ذلك ، كما لو فارق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة بها ، وذلك اذا كان المهر غير مسمى في عقد الزواج وهي في هذه الحالة تكون من التسريح باحسان ، وقد أمرنا الله به في قوله تعالى : "الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بأحسان" (٢) ، وكذلك تستحب المتعة عند الحنفية اذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول والخلوة ، وكان مهرها مسمى في العقد .

٢٣٣ — عند المالكية :

أما عند مالك وابن أبي ليلى والليث : فان المتعة لا تجب وانما تكون مستحبة ، لأن الله تعالى جعلها حقا على المحسنين وخصهم بها ، فدل ذلك على أنها : على سبيل التفضل والاحسان ، أما بالنسبة لمن لم يسم لها مهرا وقت العقد وطلقت قبل الدخول فلها نصف المهر (٣) .

---

(١) راجع في وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين : د . وهبة الزحيلي — السابق — ص ٣١٧ .

(٢) سورة البقرة — آية ٢٢٦ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — ج ٢ — ص ٣٢٠ وما بعدها

٢٣٤ - وعند الشافعية :

المتعة واجبة لكل مطلقة . سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده ، الا المطلقة قبل الدخول اذا سمى لها مهرا ، فانه يكتفى لها بنصف المهر ، فان وجب لها نصف المهر فلا متعة لها ، وفي قول يجب لها المتعة لاطلاق قول الله تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (١) .

٢٣٥ - وعند الحنابلة :

تجب المتعة لكل مطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل التسمية ، وتستحب فيما عدا ذلك لقول الله تعالى :"وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (٢) حيث لم تجب المتعة في غير المفوضة التى لم يفرض لها مهر ، لأن الله تعالى : قسم المطلقات الى قسمين : واجب المتعة لغير المفروض لهن ، ونصف المسمى للمفروض لهن ، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه (٣) .

ويبدو من خلال أقوال الفقهاء أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول اذا لم يكن قد سمى مهرها فتجب لها كوجوب نصف المسمى ويأخذ حكمه كل فرقة يتنصف بها المسمى فانها توجب المتعة اذا كانت مفوضة (٤) .

---

(١) قليوبي وعميره - جـ ٣ - ص ٢٩٠ ، والآية رقم ٢٤٢ من سورة البقرة .
(٢) سبق تخريج الآية .
(٣) المغنى لابن قدامة - جـ ٦ - ص ٧١٥ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة .
(٤) المرجع والمكان السابقان .

٢٣٦ — يجب لاستحقاق المتعة أن تكون الفرقة من قبل الزوج :

وقد وضع الفقهاء شرطا لاستحقاق المتعة حاصلة:أن الفرقة يجب أن تكون بسبب من قبل الزوج ، فاذا كانت الفرقة بسبب من جهتها لا تجب لها المتعة بل ولا يجب لها نصف المسمى ، يقول ابن قدامة : " وما يسقط به المسمى من الفرق ،كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه . اذا جاء من قبلها لا تجب به متعة . لأنها اقيمت مقام نصف المسمى ، فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الابدال بما يسقط مبدلها " (١) .

٢٣٧ — وجوب المتعة للزوجة تعويض عن ألم الفراق :

واشتراط هذا الشرط يبرز غاية الوجوب في المتعة ومقصده ، حيث يمثل نوعا من التعويض المستحق لها عن ألم الفراق ووحشته ، والفراق لن يكون موحشا بالنسبة لها ، الا اذا جاء بسبب من قبل الزوج دون أن يكون لها يد فيه ، ومن ثم يكون في وجوب المتعة نوع من التعويض لها عن هذا الالم النفسي ، وقد صرح كثير من الفقهاء بهذا المعنى ،حيث قالوا : ان المتعة تعطى للمرأة لتعويضها عن المفارقة في حال الحياة ، بل انهم قد أبرزوا خاصية التعويض عن الألم النفسي وهم بصدد تعريفها (٢) .

---

(١) المرجع السابق - ص ٧١٦ ، د . محمد يوسف موسى - السابق ص ٢٠٤ .

(٢) راجع : د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٩ ، د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٢١٧ ، د . محمد يوسف موسى - المكان السابق ، محيى الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - ص ١٨٣ ، الطبعة الثالثة ١٩٦٦ مكتبة صبيح .

(الفرع الثاني)

تعويض الضرر الأدبي الناشئ من الخلع

٢٢٨ — والضرر الأدبي الذى يصيب الانسان في عاطفته ومشاعره ، لا يقتصر حدوثه على جانب الرجل وحده ، بل أن المبادرة فيه قد تقع من جانب المرأة حين يتغير قلبها من جهة زوجها دون أن يكون قد اعترى قلبه أى تغيير من ناحيتها ، بل أن قلبه قد يكون مليئا بالحب لها وعامرا بالمودة اليها ، ومن ثم يكون طلب التفريق من جهتها ضارا به في نفسه أبلغ الضرر ، ولذلك شرع الخلع ليكون نوعا من التعويض عن الألم النفسي الذي يصيبه من جراء طلب زوجته فراقه ، وقد عالج التشريع ذلك في مسألتى الخلع والطلاق على مال ، ونشير الى هذين الأمرين بشيء من التفصيل

٢٢٩ — أولا : التعريف بالخلع وبيان طبيعته :

والخلع في اللغة معناه الازالة ، يقال : خلع فلان ثوبه اذا ازاله ، وخلع الزوج زوجته اذا زال زوجيتها ، وقد جرى العرف اللغوى على تسمية الازالة في غير الزواج: خَلعا (بفتح الخاء) وعلى تسمية الازالة في الزواج: خُلعا (بالضم) (١) ، وقد سميت ازالة الزوجية مخالعة ، منه لأن كلا من الزوجين لباس للآخر . قال تعالى : " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " (٢) ، فكان كل واحد من الزوجين حين مفارقة الآخر ، كأنه قد نزع لباسه (٣) .

وفي اصطلاح الفقهاء : عرفه الحنفية بأنه: ازالة ملك النكاح ، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه (٤) .

---

(١) مختار الصحاح — ص ١٨٥ .
(٢) سورة البقرة — آية ١٨٧ .
(٣) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع — جـ ٤ — ص ٨٥ ، والمغنى لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٥٢ .
(٤) فتح القدير — جـ ٣ — ص ١٩٩ ، حاشية ابن عابدين — جـ ٢ — ص ٧٦٦ .

كما عرفه المالكية بأنه : الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره بلفظ الخلع ، فمعناه عندهم يتمثل في أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط حقا لها عليه ، فتقع به طلقة بائنة ، وهو عند المالكية شامل للفرقة بعوض أو بدونها ، كأن يقول لها : خالعتك ، أو أنت مخالعة (١) .

وعند الشافعية : يعرف بأنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل (٢).

كما عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة (٣) .

وقد عرفه كثير من الفقهاء المحدثين بما لا يخرج عن هذا المعنى (٤).

٢٤٠ ـ أدلة مشروعية الخلع :

وقد قامت الأدلة على مشروعية الخلع من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والاجماع .

أما الكتاب :

٢٤١ـ فيقول الله تعالى : "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود

---

(١) الشرح الصغير - جـ ٢ - ص ٥٦٨ ، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢.
(٢) مغنى المحتاج - جـ ٣ - ص ٢٦٢ .
(٣) كشاف القناع - جـ ٥ - ص ٢٣٧ ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٥٢
(٤) راجع : د . زكي الدين شعبان - السابق - ص - ص ٤٥٩ ، محمد أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٥ ، د . محمود الطنطاوى السابق - ص ٣٣٤ ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠١ .

الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (١) ، حيث دل هذا القول الكريم على رفع الجناح عن الزوجين في حالة افتداء الزوجة نفسها من زوجها بمال تدفعه له عند خوفها من عدم اقامة حدود الله معه لكرهها أياه ورغبتها في عدم العيش معه ، يقول ابن قدامة : وجملة الأمر أن المرأة اذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدى حق الله في طاعته ، جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدى به نفسها منه لقول الله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (٢) وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " (٣) .

ومن السنة :

٢٤٢ — بما رواه البخارى عن ابن عباس — رضي الله عنهما — قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الى النبي — صلى الله عليه وسلم — فقالت يا رسول الله : اني ما اعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الاسلام ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : اتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم . فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — لقيس : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة (٤) ، وفي رواية أخرى : زيادة : لا اطيقه بغضا ، بعد قولها: ولكني أكره الكفر في الاسلام ، واسم المرأة حبيبة بنت سهل الانصارى . وفي رواية الموطأ : هي جميلة بنت أبي سلول (٥) ، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

(١) سورة البقرة — آية ٢٢٩ .

(٢) المغني — جـ ٧ — ص ٥١ . وقد سبق تخريج الآية .

(٣) سورة النساء : آية ٤ .

(٤) نيل الأوطار — للشوكاني — جـ ٦ — ص ٢٤٦ ، وسبل السلام للصنعاني — جـ ٣ — ص ٢٩٦ .

(٥) الموطأ . ص ٢٤٨ — وسبل السلام — المكان نفسه حيث ذكر أن البخارى سماها جميلة ذكره عن عكرمة مرسلا ، وأخرج البيهقي مرسلا أن أسمها زينب بنت عبد الله بن أبي سلول .

عند ابن ماجة : أن ثابت بن قيس كان دميما ، وأن امرأته قالت : لولا مخافة الله اذا دخل علي لبصقت في وجهه (١) .

وجه الدلالة في هذا الحديث : أنه قد دل على شرعية الخلع ، وصحته ، وانه يحل أخذ العوض من المرأة (٢) .

ومن آثار الصحابة :

٢٤٣- يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن قدامة في المغني: عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، كما روى عن علي (٣).

ومن الاجماع :

٢٤٤- قال بمشروعية الخلع جميع الفقهاء بالحجاز والشام ، وقد قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحدا خالفه الا بكر بن عبد الله المزني ، فانه لم يجزه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقول الله تعالى : وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " (٤) ، كما روى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع ، حتى يجد على بطنها رجلا ، لقول الله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة " (٥) ، وقد قال ابن قدامة: إن هذا مردود بآية

---

(١) سبل السلام - نفس المكان السابق .
(٢) سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ٢٩٧ .
(٣) المغني - جـ ٧ - ص ٥٢ ، وما بعدها .
(٤) سورة النساء - الآيتان ٢٠ ، ٢١ .
(٥) سورة النساء - آية ١٩ ، وقد نقل الاجماع ابن قدامة في المغني - جـ ٧ - ص ٥١ .

الخلع والخبر ، وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فيكون اجماعا ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع ، وأن الآية الناسخة متأخرة ، ولم يثبت شيء من ذلك (١).

٢٤٥ ـ التكييف الفقهي للخلع :

ووضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد بايجاب وقبول ، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة ، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها ، وخلاصها من الزوج ، لكنها ليست معاوضة محضة ، بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن المعاوضة المحضة تكون اذا كان كل من العوضين مالا أو في حكمه ، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع ، وهو افتداء نفسها وخلاصها من الزوج لا يعد مالا شرعا ، فلا يكون الخلع في حقها معاوضة محضة ، وهذا عند أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب (٢).

٢٤٦ ـ وجمهور الفقهاء يعتبرون الخلع معاوضة : فلا يحتاج في صحته الى قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج وماتت المرأة أو فلست أخذ العوض من تركتها واتبعت به ، ويجوز رد العوض بالعيب فيه ، لأن اطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر ويصح الخلع منجزا بمعنى المعاوضة لما فيه من معناها ، ويملك العوض بالعقد (٣)

---

(١) المغني ـ جـ ٧ ـ ص ٥٢ .

(٢) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٣ ـ ص ١٤٥ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٢ ـ ص ٧٦٨ ، والمبسوط للسرخسي ـ جـ ٦ ـ ص ٧٣ .

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ـ جـ ٢ ـ ص ٥١٨ ، ص ٥٢١ المهذب للشيرازي ـ جـ ٢ ـ ص ٧٢ ، والمغني لابن قدامة جـ ٧ ـ ص ٥٧ ـ ص ٦٧ .

وليس معنى المعاوضة في الخلع عند جمهور الفقهاء تمول البضع، وانما هي معاوضة بالمعنى العام لأن ما تبذله المرأة في الخلع لا يقابل مالا ، وانما يقابله اسقاط حقه في البضع ، وليس فيه تمليك شيء لها ، يقول ابن قدامة : " والخلع كالطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، واذا صح الخلع ، فلا يجب مهر المثل ، لأنها لم تبذله ، ولا فوتت عليه ما يوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل أنها لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء " (١)

٢٤٧ ـ أثار التكييف الفقهي للخلع :

ويستفاد مما قاله الفقهاء أنهم متفقون على أن في الخلع صفتين : انه يمين ، وأن فيه معنى المعاوضة ، وقد ترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج أنه اذا التزم نفسه الخلع نظير مبلغ من المال لا يملك الرجوع قبل قبول الزوجة ، لأنه تعليق ، والتعليق لا يملك الزوج الرجوع فيه ، كما أن ايجاب الزوج لا يبطل بقيامه من المجلس الذى أوجب فيه الخلع ، ولا يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة ، لأنه لا يملك الرجوع ، والرجوع يعطيه هذا الحق في مدة الخيار ، كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر في المستقبل وان يضيفه الى زمن مستقبل كذلك (٢).

كما ينبنى على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة لها شبه بالتبرعات : ان الزوجة لو ابتدأت بالخلع على مبلغ من المال

---

(١) المغنى ـ السابق ـ ص ٦٢ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٦٠ وما بعدها ، محمد أبو زهرة ـ ص ٣٨٥ وما بعدها ، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠٢ وما بعدها ، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٤٠ ، وما بعدها .

يجوز لها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبول الزوج ، لأن الايجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر ، ولا بد من قبول المرأة في المجلس اذا كانت حاضرة ، أو قبولها في مجلس علمها بالايجاب ان كانت غائبة ، كما يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها الحق في القبول أو الرد ، ولا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط ، ولا ان تضيفه الى زمن مستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك ، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الاضافة ، كما أن بدل الخلع لا يلزم المرأة الا اذا كانت أهلا للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لأن للخلع صفة التبرع مع أنه معاوضة من قبل الزوجة (١).

٢٤٨ — الآثار التي تترتب على وقوع الخلع :

ويترتب على وقوع الخلع مستوفيا شروطه آثار شرعية تتمثل في وقوع الطلاق بائنا عند جمهور الفقهاء(٢)، أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية فيه عن الامام أحمد ، ففي احدى الروايتين انه فسخ ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي ، والرواية الثانية : انه طلقة بائنة ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة ابن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقد روى عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم ، وقال : ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقول الله تعالى : " الطلاق

---

(١) د . زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٦٢ ، أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٨٧ ، د . محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠٤ ، د . محمود الطنطاوي ـ السابق ـ ص ٣٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ـ جـ ٣ ـ ص ١٤٤ ، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٦٩ والمهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٧٢ ، والشرح الصغير ـ جـ ٢ ـ ص ٥١٨ .

مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (١) ، ثم قال الله تعالى : " فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" (٢) ، فذكر الله تطليقتان والخلع ، وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلاق أربعا ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخا كسائر الفسوخ (٣) .

ووجه الرواية الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التى يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقا (٤) .

٢٤٩ — أقول : وسواء كان الخلع حكمه الطلاق البائن أو الفسخ فان المرأة ترفع نيـة ضررا نفسيا محققا مقابل ما تدفعه للزوج كمقابل لتعويضه عن الضرر الذى يمكن أن يكون قد حل به بسبب فراقها له بسبب من جهتها .

كما يترتب على الخلع لزوم بدل الخلع في ذمة الزوجة ، سواء كان مبلغا من النقود أم منفعة تقوم بمال كأجرة الرضاعة أو الحضانة ، كما تسقط كل حقوق الزوجة الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر من المهر والنفقة ، أما الديون التى لا تتعلق بهذا الزواج الذى انتهى

---

(١) سورة البقرة — آية ٢٢٩ .
(٢) سورة البقرة — آية ٢٣٠ .
(٣) المغنى لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٥٦ وما بعدها .
(٤) المرجع والمكان السابقان .

فلا يسقط منها شيء ، وعلى ذلك لا يكون لها عليه شيء من المهـــر الذى لم تقبضه سواء كان الخلع قبل الدخول أم بعده ، ويسقط مالهـا من نفقة ماضية تجمدت عليه وكذلك يسلم لها كل المهر الذى دفعـــه وليس له استرداد شيء منه ، ولو كان الخلع قبل الدخول ، ولا يســـترد شيئا من النفقة التى قد عجلها لها قبل الخلع ، وقبل استحقاقها لهـا ، ولا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة على الزوج حين الخلع، حيـث لم يكن أوانها قد جاء بعد ، الا اذا نص عليها كبدل للخلع ، فانها تسقط في هذه الحالة،وأساس سقوط هذه الحقوق المالية بالخلع أن لفظه ينبني عن ازالة العلاقة التي كانت تربط بين الزوجين ، وتجعل لكـــل واحد منهما حقوقا على الآخر ، فمتى زالت سقطت كل هذه الحقـــوق عند أبي حنيفة ، وقد خالف في هذا الامام محمد بن الحسن ، حيـث يرى أن حقوق الانسان لا يسقط منها شيء من غير أن يسقطه ، والامـام أبو يوسف يتفق مع أبي حنيفة في سقوط كل تلك الحقوق الماليـــة بالمباراة ، أما في الخلع فلا تسقط لأن لفظ الخلع ليس نصا في البراءة من كل شرط (١).

وعند جمهور الفقهاء لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجـــة الا باسقاطه ، سواء تم بلفظ الخلع أم المبارأة ، فهو تماما كالطـــلاق على مال يقع به الطلاق بائنا ، ويجب به البدل المتفق عليه ، لأن الحقوق لا تسقط الا بما يدل على اسقاطها قطعا . وليس في الخلع دلالـــة على اسقاط الحقوق الثابتة لأنه معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضـــة لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان (٢) .

---

(١) راجع في بيان رأى الحنفية في هذه المسألة : المبسوط - جـ ٦ - ص ١٨٩ ، وص ١٩٠ ، وبدائع الصنائع للكاساني - جـ٣ - ص ١٥١ ، وما بعدها ، وفتح القدير - جـ ٣ - ص ٢١٥ ، وحاشية ابـــن عابدين على الدر المختار - جـ ٢ - ص ٥٧٤ ، وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد المكان السابق ، ومغني المحتاج - جـ٣ - ص٢٧٧ ، كشاف القناع - جـ ٥ - ص ٢٤١ . ود . زكي الدين شعبـــان - السابق - ص ٣٠٩ ، د . محمود الطنطاوى - السابق - ص٣٤٣ وما بعدها ، أبو زهرة - السابق - ص ٣٩١ ، وما بعدها .

ورأى الجمهور هو الراجح في نظرنا لأنه يتفق مع العدالة ، كما يتفق مع قواعد الشريعة التى تقضي بأن الاتفاق لا يسرى الا على ما يتناوله وينصرف اليه .

٢٥٠ - مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسي :

ويبدو من خلال ما وضعه الفقهاء لاستحقاق بدل الخلع من شروط ، أنه يتمخض عن تعويض الزوج الذى سبب له طلب زوجته فراقه ألما نفسيا ، عما اصابه من ضرر ، وهو بهذا الألم الذى حل به يكون مستحقا لما قرره الشارع له في بدل الخلع ، فالخلع مشروع للكره الحاصل في نفس المرأة دون أن يقابلـه في نفس الزوج كره مثله ، ولذلك فانه يحرم على الزوج عضل زوجته والاضرار بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه ، فان فعلت ذلك بسبب من جهته فالخلع باطل (١) والعوض مردود روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة ، وعمرو بن شعيب، وحميد بن عبد الرحمن ، والزهرى وبه قال مالك والثورى وقتادة والشافعي واسحاق ، بدليل قول الله تعالى :" ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة " (٢).

وعلى هذا فلو اضر الزوج بزوجته لتفتدى نفسها منه ، فانه لا يحل له أخذ العوض لأنه يعتبر اكراها منه لها على بذل المال لزوجها في سبيل طلاقها ، وهذا لا يجوز (٣) ، لقوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " (٤).

---

(١) المغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٥٤ ، وما بعدها .
(٢) سورة النساء : آية ١٩ .
(٣) المغنى لابن قدامة - المكان السابق ، وبداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٦٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٢ - ص ٣٥٥ .
(٤) سورة البقرة - آية - ٢٣١ .

واشترط أن يكون طلب التفريق من جهة المرأة أو أن يتم قبولها فيما لو صدر الايجاب منه بناء على كرهها له ، يدل على أن الضرر النفسي الحائق به يعتبر ضررا معتبرا شرعا ويستوجب تعويضه على النحو الذى قرره الشارع في باب الخلع (١).

٢٥١ - ثانيا : الطلاق على مال :

الطلاق على مال ، هو الذى تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ، وهو بهذا يختلف عن الخلع ، ولا تترتب عليه أحكام الخلع وانما يترتب عليه أحكام تختص به ، بعضها يتفق مع أحكام الخلع ، وبعضها يختلف معها .

٢٥٢ - أ - الأحكام التي يتفق فيها الخلع مع الطلاق على مال :

يتفق الخلع مع الطلاق على مال في أمرين :

الأول : قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال أمر لابد منه لأنهما معاوضة من جهتها والمعاوضة لابد فيها من القبول ، فاذا لم تقبل المرأة لا يصح الخلع ولا الطلاق على مال واذا قبلت صح ذلك وترتبت الأحكام الشرعية .

الثاني : الطلاق الذى يقع بالخلع ، وبالطلاق على مال يكون طلاقا بائنا ، لأنها لا يمكنها الخلاص من سلطان الزوج الا به . أما الطلاق الرجعي ، فلا يترتب عليه ذلك لامكان مراجعتها من غير رضاها ، فهو لا يترتب عليه أى ضرر نفسي للزوج .

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٣٣٨ ، أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٨ ، د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٤٩٩ ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠٥ ، د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٢ ، ص ٤٦٤

٢٥٣ - ب - الأحكام التي يختلف فيها الخلع مع الطلاق على مال :

كما أن الخلع يختلف مع الطلاق على مال في أمرين :

الأول : الطلاق على مال لا يسقط أى حق مالي أصلا بالاتفاق بين ائمة المذهب الحنفي والخلع يترتب عليه اسقاط بعض الحقوق المالية عند أبي حنيفة ، كما سبق .

الثاني : اذا بطل البدل في الطلاق على مال ، وقع الطلاق رجعيا ، واذا بطل البدل في الخلع وقع الطلاق بائنا ، والذى يجرى عليه العمل في القضاء في مصر أنه اذا بطل البدل في الخلع أو في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا (١) .

---

(١) المبسوط - جـ ٦ - ص ١٧٩ ، وبدائع الصنائع - جـ ٣ - ص ١٥٢ والهداية مع فتح القدير - جـ ٣ - ص ٢٠٥ ، وما بعدها . وراجع : د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٣٤٤ وما بعدها ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣١٠ ، د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٨ وما بعدها ، أبو زهرة السابق - ص ٣٩١ وما بعدها .

(المطلب الثاني)

اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق

٢٥٤ — أثيرت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الآلام النفسية الناشئة عن الطلاق ، حين تعرض فقه القانون لطبيعة حق الطلاق ، وما اذا كان هذا الحق مطلقا أو مقيدا ، ومن المؤكد أن تحديد طبيعة حق الطلاق وفقا لما اذا كان مطلقا أو مقيدا تترتب عليه نتائج هامة ، منها أنه لو كان مقيدا فان استعماله سيترتب عليه قيام المسئولية عن استعمال هذا الحق ، وجواز الاتفاق على التنازل عنه ، والاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا أو التزاما شرطيا وما يترتب على هذا التكييف القانوني أو ذاك ، ونشير الى ذلك بشيء من التفصيل .

٢٥٥ — أولا : طبيعة حق الطلاق :

أما بالنسبة لطبيعة حق الطلاق ، وما اذا كان مطلقا أو مقيدا ، فان تلك الطبيعة كانت قد أثارت جدلا في الفقه والقضاء حيث ذهب جانب منهما الى أن حق الطلاق ليس حقا مطلقا ، وانما هو مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو اليه ، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية (١).

---

(١) د . سليمان مرقس — بحوث وتعليقات على الأحكام — ص ١٩١ — طبعة ١٩٨٧ م ، والشيخ أحمد ابراهيم ، الأحوال الشخصية — ص ٧٦ — طبعة ١٩٣٠ ، والشيخ عبد الوهاب خلاف — الأحوال الشخصية — ص ١٤٦ — طبعة ١٩٣٨ ، وحسين عامر ، وعبد الرحيم عامر — المسئولية المدنية — ص ٢٧٨ وما بعدها — طبعة دار المعارف سنة ١٩٧٩ .

وهذا الرأى يجيء منسجما مع ما كانت المحاكم الابتدائية تراه : من أن الطلاق لا يباح الا لحاجة ، وان استعماله مقيدا بتحقيق تلك الحاجة ، فاذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب ، كان ذلك اساءة منه لاستعمال حقه موجبا لمسئوليته (١) .

وهذا الاتجاه الفقهي والقضائي يعد مخالفا لما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة ، التي كانت تقضي بأن ايقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء ، فليس لمن تتزوج به ، وهي عالمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد وقوعه (٢) ، وفي هذا الاتجاه أيضا يجيء حكم محكمة استئناف مصر والذى جاء فيه : ان حق الطلاق مخول في الشريعة الاسلامية للزوج ، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها (٣) .

٢٥٦ — وفي تطور لاحق اصدرت محكمة استئناف مصر حكما آخر معدلا من الاتجاه الذى سبق ان سارت فيه على غرار محكمة الاستئناف المختلطة ، والحكم اللاحق الذي أصدرته يدل في ظاهره على أنها تعتبر ايقاع الطلاق حقا مقيدا ، لكنها خففت من هذا القيد الى حد يجعله في حكم العدم ، حيث تأسس حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعي اذا لم يقصد

---

(١) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ — المحاماه — ٦ — ٣٢٣ — ٢٥٥ ، وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ — المحاماه — ١٣ — ١١٣٣ — ٥٦٤ ؛ ومحكمة شبين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ — المحاماه — ١١ — ٥٤٠ — ٢٧٧ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ م ، مشار اليه في د . سليمان مرقس — السابق — ص ١٩١ .

(٣) محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٢٨ ، المحاماه ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥ .

باستعماله سوى الاضرار بالغير ،أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وأن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجة حتى يكون في استعمال حقه في التطليق منفعة له ، وأن الزوج اذا طلق زوجته غداة العقد عليها ، فلا جناح عليه في ذلك ، حتى ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها ، رغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطلاق من أقاويل وشبهات تؤثر في سمعتها الأدبية ورزقها ، وقد انتقد هذا الحكم بأنه لا يكفي أن يكون الزوج قد قصد من ايقاع الطلاق الى مجرد الرغبة في الخلاص من رابطة الزوجية ، حتى يكون في ذلك منفعة له له تبرر استعماله حق الطلاق ، وترفع عنه مسئولية الاضرار التي تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر في استعمال حقه في التطليق (٢).

٢٥٧ — محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد :

وقد أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وامكان وقوع الاساءة في استعماله باقرارها أسباب الحكم الابتدائي الصادر في الدعوى التي أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق وقد جاء في أسباب هذا الحكم : ان حق الطلاق وان كان مقررا للزوج المسلم شرعا ، الا أنه حق مكروه ، ويكفي في بيان كراهيته ما جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم ، اذ قال : " ابغض الحلال الى الله الطلاق" ، حيث دل على أن الأصل في الطلاق

---

(١) محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ م ، المحاماه ١٧ - ١١٩ - ٥٨ .

(٢) د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٩٢ ، ومجلة القانون والاقتصاد ـ السنة السابعة ـ ص ٣٥٢ ، حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٢٨١ وما بعدها .

المنع ، ولا يباح الا لحاجة كبرى وريبة فهو مشروع من جهة ، ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث إن فيه ازالة الزواج عندما تكون هناك داعية اليه ، وحظره من ناحية أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية والقول بأن الشريعة الاسلامية جعلت ايقاع الطلاق حقا مطلقا للزوج ، أن يستعمله دون أن يؤدى عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية رغبة منها في ستر أسباب الطلاق ، ومنعا لكشف عيوب الأسر ، ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها ، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م للزوجة أن تطلب الفرقة اذا دعت اضرار الزوج بها مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وبدهي أن بحث ذلك دفعا ودفاعا قد يكشف الستر عما يقول الطاعن: إن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية (١).

٢٥٨ — الاتجاه القاضي باطلاق حق الطلاق منتقد :

وقد انتقدت الأحكام التي نحت منحى اطلاق حق الطلاق بأننا لو سلمنا بما قضت به لعمت الفوضى الخلقية جميع البلاد ، ولجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر ، فيعقدوا عليهن ، ثم يطلقوهن في اليوم التالي لغير سبب سوى الخلاص منهن

(١) مجلة المحاماة ـ ٢٠ ـ ص ١١٤٩ ، وراجع : د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٩٢ ، وما بعدها . وانظر : نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ ـ مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٨١٢ - ١٤٤ ، و ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ـ مجموعة أحكام النقض ١٨ ـ ١٩٤٣ - ٢٩٣ ، و ٢٠ مارس سنة ١٩٦٩ . مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٤٥٨ - ٧٤ .

وبدون مسئولية عليهم في ذلك ، وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى ، فالشريعة الاسلامية تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التى دعت الى تشريعه وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق ، وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة وتقيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته على سبيل التعويض وذلك وفقا لرأى المالكية والشافعية بسبب ما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (١) .

ثم ان ايقاع الطلاق من خلال مسلك يكشف عن رعونة وعدم تبصر ، ينطوى على اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ومهما قيل من أسباب تبريره ، فان الأسباب الداعية اليه لابد أن يكون قيامها سابقا على العقد ، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريها قبل العقد ، ما دام قد أمكنه معرفتها قبله ، ومن ثم يكون ايقاع الطلاق من خلال هذا المسلك استعمال لحق في غير حذر ولا حرص ، وهو يلحق بالمطلقة ضررا غير عادى يجب تعويضها عنه (٢) .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٠٢ ، ويرى الدكتور السعيد مصطفى السعيد في رسالته أن المتعة تجب للمطلقة تطييبا لنفسها وجبرا لايحاشها ، فهي تعويض لها عما يلحقها بسبب الطلاق ، مشار اليه في المرجع السابق ـ نفس المكان بالهامش .

(٢) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٠٢ وما بعدها ، ولقد سبق لقانون الأحوال الشخصية في سوريا ـ المرسوم التشريعي رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ ان وضع عنوان : طلاق التعسف فوق المادة ١١٧ والتي كانت تنص على أنه : اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما

=

٢٥٩ — ثانيا : الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق :

واذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا وفقا للاتجاه الغالب فيهما الى أن حق الطلاق حق مقيد ، فان هذا التكييف للحق تترتب عليه أثار منها : أنه يمكن وقوع الاساءة في استعماله وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر الأدبي الذى لحقها من جراء الطلاق ، ذلك أمر مقرر وواضح ، وهو نتيجة منطقية لتكييف حق الطلاق على أنه حق مقيد ، ولكن السؤال الذى يرد هنا ، هل هذا التعويض يعد امرا مستقلا عما قررته الشريعة الاسلامية للمطلقة من متعة ؟ ، أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه ؟ ذلك ما نود الاجابة عنه .

٢٦٠ — اتجاهان حول مضمون التعويض :

يترجح لدينا أن هناك اتجاهين في الفقه والقضاء حول مضمون التعويض الذى ينشأ عن اساءة حق الطلاق ، الذى هو في طبيعته حق مقيد كما رأينا .

٢٦١ — أولهما : يميل الى أن اساءة استعمال حق الطلاق يستأهل التعويض على نحو مستقل ، تعويضا للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي ، ترتب على تلك الاساءة ، وهذا التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجردا ، وانما يتمثل مصدره في أمر آخر غير مجرد وقوع الطلاق كالانفاق الحاصل بين الزوج والزوجة بصدده ، وذلك على نحو ما قضت به محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠م

= سبب معقول ، وان الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لامثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال .

جاء فيه : أن تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وانما ينتفى الالتزام بالتعويض اذا كانت الزوجة هي التى دفعت الزوج بفعلها الى تطليقها ، ومن المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه حتى ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بأمرأة ثانية ، فهذا التعهد وان كان لا يمنعه من الزواج بأخرى ، الا أنه اذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الأولى في هذه الحالة ، فان التزامه يكون صحيحا ، ولا يعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائي تابع لالتزام أصلي باطل ، فان الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التزاما أصليا معلقا على شرط واقف هو الزواج بأخرى ، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته ، اذا طلقها ، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزئي ، بل على أنه التزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق (١).

٢٦٢ — ما يستفاد من هذا الحكم :

ويستفاد مما انتهت اليه محكمة النقض في هذا الحكم أن التعويض عن الطلاق يعد امرا زائدا عن التعويض المضروب بالشرع ، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما ، فاذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجردا ، فان التعويض هنا سببه ومصدره هي الارادة التي تمثلت في اتفاق بين الزوج وزوجته على هذا التعويض ، والذى تمخض عن التزام شرطي ما كان ليوجد لولا الاتفاق عليه (٢) ، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقق الأمر المستقبل أو عدم تحققه ، اذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا (٣).

---

(١) نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، المحاماه ٢٠ — ٦ — ١١٤٦ — ٤٨٣ .

(٢) سليمان مرقس — المرجع انفسه — ص ١٩٣ .

(٣) المرجع نفسه — ص ١٩٥ .

ويترتب على ذلك أن الالتزام الشرطي يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط ، وهو وقوع الطلاق في تلك الحالة ـ بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين ، أو اصابة الدائن بضرر ، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط بناء على المادة ١٠٥ مدني التي تجعل للشرط أثرا رجعيا (١)٠

ولو لم يكن لهذا الالتزام بالتعويض ذاتية مستقلة لما كان للنص عليه بالاتفاق فائدة ، حيث ان أحكام الطلاق كانت ستغني عنه على أساس أن وقوع الطلاق في حد ذاته يعد سببا يترتب عليه استحقاق المتعة ، فاتجاه الارادة اليه دليل على أنه متميز عنها ومقصود لذاته ، واذا كان سبب المتعة اجراء الطلاق دون اعتساف ، فان سبب هذا الالتزام هو الاساءة في استعمال حق الطلاق .

٢٦٣ ـ ثانيهما : يرى أن هذا التعويض لا يخرج عما قررته أحكام الشريعة بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة ، والتي هي عبارة عما يدفعه الزوج لمطلقته بعد الفرقة بينهما ، وذلك تطييبا لخاطرها وجبرا لايحاشها فهي من هذا المنطلق لا تخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسي وأدبي بسبب الطلاق (٢)٠

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : حسين عامر وعبد الرحيم عامر المرجع السابق ـ ص ٢٨١ ، حيث يقرران أنه : سبق القول أن الطلاق ينزل منزلة المجرم المنهي عنه ، وهو على الأقل بغيض الى الله ، وليس من أدنى ريبة أن للحاكم شرعا أن يعاقب بالتعزير كل من يقترف محرما أو معصية وذلك التعزير يختلف بحسب كل معصية ، وهذا يعني أن للحاكم أن يوجب التعويض على من يطلق زوجته بلا مبرر أو بغير سبب مقبول .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد ـ في رسالته اساءة استعمال حق الطلاق ـ ص ٢٤٥ ، وراجع : الشيخ أحمد ابراهيم ـ الأحوال الشخصية ـ فقرة ٢٠٣ .

يقول الاستاذ الدكتور سليمان مرقس (١) : وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه في الطلاق ، والزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر مادى أو أدبي ، ثم يقول : فالشريعة تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التى دعت الى تشريعه وهي تعذر الوفاق ، وتقيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته (٢) ، وهذا القول صريح في أن التعويض المستحق هو المتعة .

٢٦٤ ـ تقييم هذين الاتجاهين :

والاتجاه الثاني متفق مع ما تقضي به أحكام الشريعة الاسلامية بخصوص المتعة للمطلقة ، لكن تنظيم الشريعة الاسلامية للضرر الأدبي الناشيء عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر ، كما أن تقدير التعويض عنه يدور مع هذا الشمول فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول ، وقد يتقرر للزوج في بدل الخلع ، ومن ثم يمكن القول أن للشريعة الاسلامية نظرة شاملة في هذا الموضوع يفتقدها القانون ، أما الاتجاه الأول ، فانه ينطوى على زيادة تمثل مزيدا على ما جاءت به الأحكام الشرعية ،

---

(١) د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٠٢ ، والأحكام القضائية المشار اليها فيه .

(٢) المرجع نفسه ـ ص ٢٠١ وما بعدها .

ومن المعروف أن أقصى حالات الاعتساف في وقوع الطلاق ، هي الطلاق المحرم والطلاق المكروه ، والأول يكون في حال البدعة ، كما لو طلق زوجته في حال الحيض ، وهذا لا يترتب عليه أثر مالي ، وانما الذى يترتب عليه هو الاثم الذى يستوجب العقاب الأخروى ، أو عدم الاعتداد بوقوع الطلاق في حال الحيض على نحو ما ذهب اليه ابن تيمية وابن حزم الظاهرى (١) ، وليس من ضمن تلك الآثار مطلقا استحقاق مبلغ من المال يكون الطلاق المحرم ، وهو الذى يمثل أقصى صور الاعتساف سببا في استحقاقه للزوجة وفي حالة الطلاق المكروه ، وهو الذى يوقعه الزوج لغير حاجة ، فان كل ما يترتب على الكراهة مجرد الأثم الذى يستوجب العقاب الأخروى فقط ، وليس من ضمن أحكامه استحقاق المطلقة لمبلغ من المال ومن ثم يكون هذا التعويض الناشيء بسبب التعسف في استعمال الطلاق امرا زائدا .

٢٦٥ — وربط الطلاق بالمال يجعله أشبه بسلعة مبتذلة ، والاعراض يجب أن تصان عن هذا الامتهان ، كما أن الاتفاق على جعل الطلاق نظير مال سيمثل ذريعة لنكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وكلاهما باطل ، والباطل حكم التحريم ، وذريعة المحرم تكون على وفق حكمه .

وقد ذهب جمهور الفقهاء الى أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى ، والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو ايذائها احداها لما فيه من قطع الألفة ، وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد ، وقد قال الله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : ابغض الحلال الى الله الطلاق ، وقوله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة (٢) .

---

(١) راجع : المحلى لابن حزم – ج ١٠ – ص ١٩٧ – مسألة ١٩٥٣ ، ونيل الأوطار – للشوكاني – ج ٦ – ص ٢٢٦ .

(٢) نيل الأوطار – ج ٦ – ص ٢٢١ ، وراجع : رأى الجمهور في أن الاصل في الطلاق الحظر ، حاشية الدسوقي على =

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة ومن ثم كان ايقاعه بلا حاجة حمقا ، وسفاهة ورأى ، ومجرد كفران النعمة ، واخلاص الايذاء بها وبأهلها وأولادها .

. . . ومع ذلك فان كل ما يترتب عليه هو الاثم ، لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للاثبات الظاهر في القضاء، وقد تكون مما يجب ستره حفظا لسمعة المرأة ، ومنعا من التشهير بها ، ولهذا كان الأصل الا يحكم على الرجل بتعويض مادى للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق (١).

..

ـــ الشرح الكبير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٦١ ، والمهذب للشيرازى ـ جـ٢ـ ص ٧٨ ، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٩٧ ، وقارن ما ذهب اليه الحنفية من أن الاصل في الطلاق الاباحة ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٢ ـ ص ٥٧١ ، وما بعدها .

(١) د . وهبة الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته ـ جـ ٧ ـ ص ٤٠١ ـ دار الفكر ببيروت .

الفصل الرابع

الضرر الأدبي الناشئ عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للانسان

٢٦٦ - والضرر الأدبي الناشئ عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للشخص يعتبر أحد تطبيقات الضرر الأدبي وهو قد يتمثل في مجرد الاعتداء على حق مالي للشخص ، كما في دخول أرض مملوكة للمضرور وهو المالك على الرغم من معارضته ، فانه يجوز له أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر وهذا الضرر في الواقع يعتبر ضررا أدبيا نتج من جراء الاعتداء على ملكه اذ أنه لم يصبه ضرر مادى من هذا الاعتداء ، فالضرر الأدبي قد يترتب على مجرد الاعتداء على حق الشخص على نحو ما سبق .

ومن صور ذلك النوع من الضرر اقتحام شخص ملك غيره غصبا (١) ، وقد يتمثل الاعتداء على حق غير مالي ثابت للشخص كحقه في تمييز ذاته ، وحقه في الخصوصية على نحو ما سترى .

٢٦٧ - الاعتداء المجرد على حق مالي للشخص في الفقه الاسلامي :

والاعتداء المجرد على حق مالي للشخص يعد ضررا أدبيا ، وهو قد يتمخض عن نقص معنوى في الشيء الموجود تحت اليد بطريق

---

(١) الوسيط للسنهوري - جـ ١ - ص ٨٦٥ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - ص ٤٤٠ ، د . جمال الدين زكي - السابق - فقرة ٢١٥ ، وفي هذا المعنى : د . توفيق حسن فرج - السابق - ص ٥٥ ، فقرة ٢٩٦ ، د . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٩٠ ، حسين عكوش - المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد - ص ١١٠ .

غير مشروع كالغصب ، وهو المسمى في المذهب الحنفي "بالنقصان"، والذى يعد صورة من صور الاتلاف المعنوى ، ويقع عن طريق الغصب ، وهو وضع اليد على مال الغير قهرا وعنوة ، كما يقع بوضع اليد على مال الغير بوجه غير مشروع وقد مثلوا لذلك بما لو وضع يده على عقار غيره ، لنقص بسكناه أو بزرعه فانه يضمن النقصان بالاجماع (١) ، وكذلك لو غصب عينا لغيره ، فآجرها فنقصت فإنه يضمن النقصان ، وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية فقالت : لو اطرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة ، فانه يضمن نقصان القيمة (٢) .

والأمثلة التى ضربها فقهاء الحنفية لتصور النقص الناشيء عن الوضع غير المشروع لليد على مال الغير ربما تدل أكثر على ضمان النقص المعنوى فيها ، لأن النقص اللاحق بالعين في الأمثلة التى ضربوها لا يخرج عن كونه نقصا يتصل بالجانب المعنوى فيهما أكثر من الجانب المادى ، وقد ذكر الفقهاء أن النقص الطارىء على العين المغصوبة يكون بأربعة مظاهر :

١ — تراجع السعر :

وهذا لا يوجب الضمان في جميع الأحوال ، لأنه قد تم لسبب لا يد للغاصب فيه وهو اختيار الحنابلة لأن النقص لتغير الأسعار لا يضمن عندهم ، وهو رأى جمهور الفقهاء (٣)

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار — جـ ٥ — ص ١٨٢ وما بعدها .

(٢) مجلة الأحكام العدلية — المادة ٩١٧ .

(٣) المغنى — جـ ٥ — ص ٢٦٠ ، وص ٢٩١ ، حيث يقول : " وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار ، نص عليه أحمد وجمهور العلماء" ويقول : وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه ، والمهذب للشيرازى — جـ ١ ص ٣٩٦ ، والقوانين الفقهية لابن جزى — ص ٣٣١ — وكشاف القناع — جـ ٤ — ص ٩٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ ٣ — ص ٤٥٢ .

٢ ـ فوات جزء من العين المغصوبة :

وفوات جزء من العين المغصوبة ، وهذا نوع من الضرر يغلب عليه الطابع المالي ويمكن تقديره بالنقود ، ولهذا كان موجبا للضمان عند فقهاء الحنفية في جميع الأحوال . وهو اختيار الحنابلة حيث يقولون: بضمان النقص في العين المغصوبة (١) .

٣ ـ فوات وصف مرغوب فيه :

والوصف المرغوب فيه هو ما يكون دافعا للاقبال على الشيء ، فيزيد من قيمته وفواته يكون دافعا للاعراض عنه ، ومن ثم تقل قيمته في سوق البيع والشراء ومثلوا له بفوات السمع والبصر ، واليبس في الحنطة ، وهذا يوجب الضمان في غير أموال الربا .

٤ ـ فوات معنى مرغوب فيه :

والمعنى الذى يرغب فيه يتمثل فيما يقوم بالشيء من معان تزيد من قيمته ، كالعبد المحترف ، لو غصبه فنسى حرفته ، أو كانت الأمة شابة مرغوبا فيها ، فلما غصبها ، صارت عجوزا شمطاء ، أو كان العبد شابا فصار شيخا لا يقدر على العمل فانه يجب الضمان فيه (٢) ، أى يجب ضمان النقص الطارئ الذى مس بالمعنى الموجود في الشيء المغصوب ، والواقع أن هذه المعاني لا تقوم بالمال أصلا ، فنسيان الحرفة أو صيرورة المغصوب شيخا ، أو زوال جمال الأمة ونضارتها هذه معاني يغلب على الضرر فيها طابع الضرر المعنوى ، ووجوب تقومها بالمال في نظر الفقهاء يدل على ضمانه .

---

(١) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٥ ـ ص ٢٥١ ، وص ٢٦٢ .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية . للأتاسي ـ جـ ٣ ـ ص ٤٢٩ ، وما بعدها ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، جـ ٥ ـ ص ١٨٣ ، وتكلمة الفتح ـ جـ ٧ ـ ص ٣٨٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٥ ، ص ٢٢٨ ، وبدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ١٥٥ .

ويقول ابن قدامة : وان غصب عبدا فسمن سمنا نقصت به قيمته ، أو كان شابا فصار شيخا ، أو كانت الجارية ناهدا فسقط ثدياها وجب ارش النقص ، لا نعلم فيه خلافا فإن كان العبد امرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته ، وجب ضمان نقصه لأنه نقص في القيمة بتغير صفته ، فيضمنه .(١)

ويقول : وان غصب عبدا ذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا يجب شيء فيه سوى رده ، لأن الشارع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ، ولم يقدر بدله ، ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء (٢) .

ويقول ابن رشد : والطوارئ على المغصوب اما بزيادة واما بنقصان . وهذان اما من قبل المخلوق ، واما من قبل الخالق ، فاما النقصان الذى يكون بأمر من السماء ، فانه ليس له أن يأخذه الا ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب ، وقيل : ان له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب ، أما ان كان النقص بسبب الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصت الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم ، وعند سحنون ما نقصته الجناية ، يوم الغصب " (٣) .

٢٦٨ — خلاصة رأى الفقهاء في ضمان النقص المعنوى :

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء بخصوص ضمان النقص المعنوى الطارئ على العين المغصوبة ، أنهم متفقون حول أمرين :

أولهما : اذا كان نقص العين بسبب هبوط سعرها فانه لا يضمن اذا رد العين مكان غصبها ، لأن نقصان السعر ليس نقصا ماديا في المغصوب ، وانما سببه فتور رغبات الناس ، وهذه لا يد للعبد فيها .

---

(١) المغنى — جـ ٥ — ص ٢٥٢ .
(٢) المرجع نفسه — ص ٢٥١ .
(٣) بداية المجتهد — جـ ٢ — ص ٣١٨ .

ثانيهما : اذا كان النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه ، كضعف الحيوان وزوال سمعه أو بصره ، أو طروء الشلل ، أو نسيان المهنة ، أو زوال الجمال في الأمة ، أو تقدم السن في العبد ، وهذه الأوصاف يجب ضمان النقص الحاصل فيها ، بجانب العين .

ويشترط لضمان النقص الحاصل في العبد مع رد عينها أن يكون المال المغصوب غير ربوى فان كان ربويا ، كحنطة تعفنت ، واناء فضة كسر ، فليس للمالك الا أخذ المغصوب بذاته ولا شيء غيره بسبب النقصان ، لأن المال الربوى لا يمكن فيه ضمان النقص مع استرداد العين ، لأن ذلك يؤدى الى محظور شرعي وهو الربا فلا يجوز، وغني عن البيان أن المالكية يشترطون أن يكون نقص المغصوب بفعل الغاصب ، وليس بسبب آفة سماوية ، فان كان بسبب ذلك فانه لا يضمن عندهم ، ومن المؤكد أن ضمان فوات وصف مرغوب فيه ، أو معنى مرغوب فيه يعد صورة من صور ضمان النقص المعنوى ، وان كان مرتبطا بالمال أصلا ، فهو أقرب الى الضرر الأدبي منه الى الضرر المالي .

٢٦٩ — كما يعتبر ساسا بحق أدبي في الجملة ، كل ضرر ينال من حق غير مالي كحق الشخص على أسمه ، وحقه في حرمة مسكنه وحقه المعنوى على مؤلفه (١) ، فاذا اتفق مؤلف على نشر كتابه ، التزم الناشر بالا يحدث أى تغيير فيه احتراما للمؤلف من حق أدبي على مصنفه ، فاذا أخل بالتزامه الزم بتعويض المؤلف عما أصابه من ضرر أدبي حتى ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر من تغييرات أى ضرر مادى ، بل حتى ولو زاد الكتاب رواجا بسببها (٢) ، ومن المعروف

---

(١) د . جمال الدين زكي ـ المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣ .

أن حق المؤلف الأدبي على مؤلفه ، والذى يتمثل في نسبة مؤلفه اليه وحقه في تعديله وتنقيحه ، وحقه في سحبه من التداول ، كل هذه الحقوق مقررة في الفقه الاسلامي وبناء عليها قرره الفقهاء في اسناد القول لقائله ، وتغيير الاجتهاد ، واعادة النظر فيما كتبه المؤلف اذا ما ظهرت له أدلة جديدة على نحو ما فعل الامام الشافعي في الجديد ، وهذه الحقوق الأدبية للمؤلف تستمد الزامها وقوتها من أدلة الشريعة بما يجعل وجودها أمرا مقررا شرعا (١) .

٢٧٠ — صور الاعتداء المجرد على الحقوق غير المالية الثابتة للشخص :

واذا كان مجرد الاعتداء على حق مالي يمثل ضررا أدبيا فان التعدى المجرد على الحقوق غير المالية للشخص يمثل ضررا أدبيا يستوجب التعويض ، والحقوق غير المالية الثابتة للشخص كثيرة ، يأتي في مقدمتها في الأهمية حقان ، هما حق الانسان في تمييز ذاته ، وحقه في احترام حياته الخاصة ، ومن ثم فان التعدى على أى من هذين الحقين يعد ضررا أدبيا يستوجب المساءلة ويستأهل التعويض ، وهذان الحقان في واقع الأمر يعتبران تأصيلا يجمع بين ثناياه صورا متناثرة لحقوق غير مالية مختلفة ، يستبين كنهها من خلال دراسة هذين الحقين ، على نحو ما سنقوم به ، وسوف نخصص لكل واحد من هذين الحقين مبحثا نقوم بدراسته فيه ثم مقارنته باتجاه الفقه الاسلامي .

---

(١) راجع في هذا المعنى : كتابنا : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون - طبعة ١٩٩٠ ، فقرة ٧ وما بعدها .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الوضعي

٢٧١ ـ لكل شخص الحق في أن يتميز بشخصه عن أشخاص الآخرين ، ولما كان هذا يتم له عن طريق الاسم ،كان لكل شخص الحق في أن يكون له اسم ،وكان حق الانسان في أن يكون له اسم ، من الحقوق التى تتصل بشخصه ،والتي لا تقدر بمال .

ان الاسم هو مظهر الحياة الأدبية والمادية للشخص في كل علاقاته العائلية والاجتماعية ،أنه علامة الانسان التى يتميز بها في حياته العامة والخاصة ،بل انه عنصر من عناصر الشخصية لا يجوز تشبيهه بالاشياء أو جعله محلا للتعامل ،انه علامة رمزية على المواهب الشخصية من ذكاء واستقامة ،وعلى مركز الشخص باعتباره مواطنا.

٢٧٢ ـ **مضمون حق الانسان في تمييز ذاته :**

ويتمثل حق الانسان في تمييز ذاته باسمه الذى يميزه والذى يسمى بالاسم المدني ، ويتكون اسم الشخص المدني من عنصرين ، أولهما : الاسم الشخصي ، وثانيهما : اللقب ،أما الاسم الشخصي فانه هو الذى يتعين به الشخص تعيينا ذاتيا خاصا ،ويكون اختيار الاسم لمن له الولاية على الطفل ، فان لم يكن له ولى ، كان اختيار الاسم واجبا على القائمين على الجهة التى تلقته أول ولادته .

وقد حرصت بعض القوانين الأجنبية على أن يكون اسم الانسان بحيث لا يعرض صاحبه للسخرية ، أو يشكك في أصله ، كما حرمت أن يطلق على الشخص أسماء مضحكة أو مخلة بالحياء أو النظام العام أو الشعور الديني أو الوطني ، وأن يطلق على من لا يعرف آباؤهم اسماء تدل على ذلك ، واعطت للنيابة العامة في مثل تلك الأحوال وغيرها ، الحق في تغيير هذه الأسماء (١).

أما اللقب : فهو اسم العائلة ، ويلاحظ أن القانون المدني المصرى الجديد قد فرض على كل شخص أن يتخذ الى جانب اسمه لقبا يميزه ، حيث أن الاسم وحده لا يكفي للتمييز ، وهذا تجديد أتى به المشرع المصرى ، ولما كان نظام الالقاب نظاما مستحدثا اشير الى وجوب اصدار تشريع خاص ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها (٢) . كما نص القانون على أن لقب الشخص يلحق أولاده ، وعلى هذا فالطفل الشرعي ، يكتسب بمجرد ولادته لقب أبيه ، ويحصل هذا الاكتساب وفقا لحق الدم Jure Sanguinis لا وفقا لحق الأرث Jure hereditatis. لأن الطفل يكتسب اللقب حال حياة والده لا بعد وفاته فحسب (٣) ، والقاعدة العامة في قانوننا ، أن

---

(١) مثال ذلك : القانون الايطالي الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٨٦٥ الذى ينظم الحالة المدنية ، والقانون المكمل له والصادر في ٨ مارس سنة ١٩٢٨ ، راجع : د. عبد الحي حجازى - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٢٧ . مكتبة سيد عبد الله وهبة .

(٢) المادة ٣٩ من القانون المدني المصرى الجديد .

(٣) تنص المادة ٣٨ من القانون المدني الجديد على أنه : يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .

الاسم واللقب لا يقبلان التغيير بمحض ارادة الشخص خلافا لما كان عليه الحال في القانون الروماني ، حيث كان للافراد في هذا الصدد حرية واسعة ، ولقد نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ على الاجراءات التى يجب اتباعها على من يريد تغيير اسمه ، فعلى من يريد أن يغيير اسمه أو يصحح ما ورد بشأنه في شهادة الميلاد أن يقدم طلبا بذلك الى المديرية أو المحافظة التى ولد بدائرتها ، ولا يتم تغيير الأسم أو تصحيحه الا بقرار يصدر من وزير الصحة بعد موافقة لجنة خاصة وبعد النشر والاعلان عن طلب التغيير (١) .

٢٧٣ ــ الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني :

وحول الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني اختلف الشراح في ذلك ، وانقسموا فيه الى مذهبين رئيسيين :

أولهما : ذو طابع عام ، حيث يغلب عليه طابع القانون العام ، حتى ان بعض الفقهاء قد سوغ تسميته بمذهب القانون العام لذلك (٢) .

ومؤدى هذا المذهب أن الاسم هو نظام من نظم القانون العام ، حيث يتمتع بحماية عامة ، انه نظام ادارى يمثل صورة الزامية لتمييز الاشخاص بعضهم عن بعض ، وبعبارة أخرى يعتبر الاسم وسيلة للتمييز ، فهو ليس حقا للفرد فقط ، وانما هو واجب أكثر منه حق (٣) .

---

(١) المواد : ٢٩ ، ٣١ ، ٣٢ ، من القانون المذكور .
(٢) د . عبد الحي حجازى ـ السابق ـ ص ٢٨ .
(٣) المرجع نفسه ـ ص ٢٩ .

ثانيهما : ذو طابع خاص ، وهو ما يمكن تسميته بمذهب القانون الخاص ومن مقتضى هذا المذهب أن الحق في الاسم هو حق للفرد ، وهو بالتالي أحد الحقوق التى ينظمها القانون الخاص وانصار هذا المذهب ، وان كانوا قد اتفقوا على أن حق الانسان في اسمه حق خاص ، الا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا الحق ، فذهب فريق منهم الى أنه حق ملكية ، وانه بالتالي ذو طابع مالي ، وذهب فريق آخر الى أنه حق من حقوق الشخصية (١).

٢٧٤ — تقدير هذين المذهبين :

والواقع أن لكل من هذين المذهبين نصيبا من الصحة ، أما أن الحق في الاسم له طابع عام ، فذلك ما لا يمكن انكاره ، لأن المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يتميز افرادها بعضهم عن بعض، وأما أن الأسم يجب اعتباره كذلك حقا للفرد ، فذلك ما لا يمكن انكاره أيضا ، لأنه يستعمل لضمان مصلحة فردية على جانب كبير من الأهمية تتمثل في أن يتميز الفرد بشخصيته عن شخصية الآخرين في كل علاقات الحياة الخاصة ، فالاسم يتصل بصفات الفرد الشخصية من ثقافة ونشاط ، واستقامة ، وتنظيم اجتماعي عائلي لا سيما وأنه في جوهره مشتق من العائلة في الكثير الغالب ، وأن العائلة اذا كانت نظاما ذا مصلحة اجتماعية سامية ، فهي في أصل ذاتها نظام من نظم القانون الخاص (٢) .

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

واذا كان فريق من الباحثين القائلين بأن الحق في الاسم حق خاص ، قد ذهب الى اعتبار هذا الحق حق ملكية ينصب على أموال غير مادية ، فذلك الاعتبار غير صحيح ، لما هو مقرر أن محل الحق يجب أن يكون شيئا خارجا عنه وله قيمة مالية ، وكما هو معلوم ، فان الاسم ليس في ذاته قيمة مالية ، وان الاعتداء عليه هو وحده الذى يترتب عليه نشوء حق ذو طابع مالي ، وقد قيل في هذا المعني ، أن تشبيهه بالملكية ، أو اطلاق وصف الملكية عليه محمول علي المجاز لا على الحقيقة (١)

خلاصة القول : أن لكل واحد من هذين المذهبين قدر كبير من الحقيقة ، لأن الاسم ليس مجرد وسيلة للتمييز أو قيدا في بطاقة أو رقما يقيد عليه الشخص ليتميز به عن غيره ، وهو ليس نظاما اداريا فقط ، وانما هو مظهر للحياة العامة والخاصة ، يتميز به الشخص ، ويعتبر عنصرا فيه لا يجوز أن يشبه بالأشياء ، ولا أن يصبح كهذه الاخيرة محلا للتعامل ، وذلك هو رأى غالبية الشراح ، ويمكن القول أيضا : ان ذلك هو اتجاه القانون المدني المصرى الجديد (٢).

٢٧٥ ــ الاسم المستعار يشبه الاسم المدني :

والاسم المستعار ، وهو الاسم الذى يتخذه الشخص لنفسه سترا لاسمه الحقيقي ، ويشبه كذلك الاسم المدني ، من حيث كونه من حقوق الشخصية ، ذلك أن للشخص ، في كل نواحي نشاطه وعلى الأخص في نواحي نشاطه الأدبي أو الفني أو الصحفي أو الديني

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . عبدالحي حجازى ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٩ .

(٢) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ١ ـ ص ٣٦٣ .

أو السياسي أو التجاري ـ أن يستر اسمه الحقيقي ويتخذ لنفسه اسما خياليا يسمى الاسم المستعار ، وهذا الحق يحفظ مصلحة انسانية مرتبطة بالشخصية يجب أن يحميها القانون .

٢٧٦ — وظائف الاسم المستعار :

والاسم المستعار يؤدى في حياة صاحبه احدى وظيفتين :

الأولى : تمكين الشخص في بعض نواحي نشاطه ، من ستر اسمه ، فاذا كان مؤلفا جاز له أن ينشر عمله الفني بدون اسم، أو باسم مستعار على أن يكون له الحق في أن يظهر شخصيته اذا شاء وعندما يشاء وان يطلب الى القضاء اثبات صفته كمؤلف ضد كل من ينتحل عمله الفني وحق الشخص في الكشف عن شخصيته ، بعد تعمد سترها ، هو حق شخصي يترك للمؤلف وحده ، فهو وحده الذى يقدر ما اذا كان من المناسب أن يفصح أو لا يفصح عن شخصيته ، والدافع الى ستر الاسم الحقيقي في اسم مستعار قد يكون سببه مركز المؤلف الاجتماعي ، أو طابع العمل الذى يحمل اسمه المستعار أو ربما يكون الدافع له أنه يريد أن يجرب كفاءته الأدبية أو العلمية قبل أن يفصح عن شخصيته ، رغبة منه في حماية مركزه الأدبي أو تقاليده العائلية أو مستقبله العلمي (١)

الثانية : تحديد مجال شخصية صاحب الاسم المستعار في بعض نواحي نشاطها تحديدا معينا يحل الاسم المستعار في هذه النواحي محل اسمه المدني ، بحيث تصبح وظيفة هذا الأخير وظيفة ثانوية مقصورة على علاقاته الشخصية وحالته المدنية ، أما في علاقاته الاجتماعية ، وفي نواحي نشاطه الفني ، فتكون شهرته في اسمه المستعار الذى يطلق عليه غالبا الاسم الفني أو اسم الشهرة .

---

(١) د . عبد الحي حجازى ـ السابق ـ ص ٣٤ .

٢٧٧ — الاسم التجـــارى :

والاسم التجارى هو الآخر أحد الجوانب التى يتحدد من خلالها حق الانسان على اسمه سواء كان هذا الاسم مدنيا أم مستعارا أم اسما تجاريا ، والاسم التجارى هو ما يختاره صاحبه لمزاولة نشاطه التجارى تحته ، بحيث يشتهر به ويكتسب سمعته في الجودة والامانة من خلاله ، وهذا الاسم قد يتكون من الاسم المدني أم من غيره ، وقد اختلف الشراح في طبيعة الاسم التجارى اذا كان هذا الاسم قد تكون من اسم صاحبه المدني ، أى الذى يحمله هو كحق له في تمييز ذاته عن غيره ، وعما اذا كان هذا الاسم يظل مكتسبا بعد تحوله الى اسم تجارى لخواص الاسم المدني من حيث كونه عنصرا من عناصر الشخصية ، يغلب عليه الطابع الأدبي وليس المالي ، وأنه لا يقبل التنازل عنه ، اختلف الشراح في ذلك ، والرأى الراجح لذى غالبيتهم أن الاسم المدني عندما يستعمل كاسم تجارى تتغير طبيعته ، فيصبح عنصرا من عناصر المحل التجارى ، ويعتبر شيئا غير مادى ، ويكون له طابع مالي يمكن التنازل عنه (١).

٢٧٨ — صور التعدى على حق الانسان في اسمه :

لصاحب الاسم أن يستخدمه في كل مظاهر نشاطه اسوة بأى حق آخر من حقوق الشخصية ، ومن ثم يكون له أن يطلب الى القضاء حماية اسمه ضد من ينازعه فيه بلا مبرر وضد من ينتحله بدون حق ، وقد نصت على ذلك المادة ٥١ من التقنين المدني الجديد فقالت : " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه بدون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ، ويبدو من هذا النص أن التعدى على حق الانسان في اسمه يكمن في منازعته على هذا الاسم من جانب الغير ، وذلك باستعماله في منازعة رسمية بعمل قضائي أو غير قضائي كانتحال الاسم مثلا

---

(١) المرجع نفسه — ص ٣٥ .

وسواء كانت بقول أو فعل أو امتناع ، ولا يحتاج التعدى في تلك الحالات على حسن أو سوء نية الغير الذى ينازع في استعمال الاسم ، وانما يكفي لحصول التعدى أن تكون ثمة منازعة في استعمال الاسم ، وكفى ، وذلك بغرض وقف أعمال المنازعة على الاسم في الحاضر والمستقبل.(١) كما يتحقق التعدى على الاسم بانتحاله من الغير دون حق ، وذلك بأن يستعمل الغير نفس الاسم بدون حق ، وبالطبع فانه يخرج من تلك الحالة استعمال الشخص لاسمه هو مستفيدا من تشابه اسمه مع اسم غيره بحيث يحدث غموضا في حقيقة شخصيته أو في انتمائه الى عائلة معينة ، ان هذا لا يعتبر انتحالا لاسم الغير ، وان كان هذا الطريق لا يمنع من وجوب الحماية لا لسبب انتحال الاسم ، ولكن للتشابه الذى يتمخض في النهاية عن ضرر بصاحب الاسم المتشابه مع غيره .

ومن صور التعدى أيضا أن يقع الانتحال بقصد اطلاق الاسم على شخص ليس له حتى ولو كان هذا الشخص غير المنتحل ، فاذا استعمل شخص اسم غيره لا لاطلاق على نفسه ، ولكن لاطلاقه على شخصية مضحكة أو على منتجات صناعية أو على حيوانات أو لاستعماله في رواية أو في جرائد هزلية ، بحيث يترتب على ذلك ضرر بسمعة أو شرف صاحب الاسم ، وسبب الحماية هنا للاسم ليس الانتحال وانما هو التعدى على الشرف والسمعة (٢) ، وتسرى هذه الأحكام على الاسم المدني كما تسرى على الاسم المستعار .

٢٧٩ — لا يشترط الضرر لحماية الحق في الاسم :

والحق في الاسم يجب أن يحمى لذاته ، وبصرف النظر عن حدوث أو عدم حدوث ضرر عن هذا الاستعمال ، ان اشتراط حصول الضرر من استعمال الاسم لإمكان رفع دعوى حمايته ينطوى على انكار

---

(١) المرجع نفسه — ص ٣١ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

للحماية المقررة لحق الانسان على اسمه ، باعتباره حقا قائما بذاته وعنصرا لتمييز الشخص ، الأمر الذى يترتب عليه أن يكون على صاحب الاسم أن يظل مكتوف اليدين أمام انتحال الغير لاسمه ، وذلك لمجرد أنه لا يستطيع أن يثبت وجود الضرر ، وهذا يتعارض مع طبيعة حق الشخصية الذى يعتبر مجرد الاعتداء عليه اعتداء على حق الشخص في تمييز ذاته ، ذلك الحق الذى يجب أن يحمى بدون توقيف للحماية على خطر احتمالى أو حقيقي ، وقد قيل بحق : " ان لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذى أقام بالمنزل وهو خال من أهله ، حتى ولو لم يترتب على اقامته ضرر ، بل حتى اذا ترتب على تلك الاقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته (١) ".

وقد سار القانون المدني المصرى على وفق هذا الاتجاه المقبول ، فلم يشترط لحماية الحق في الاسم شرط الضرر ، سواء في ذلك حالة المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر ، وحالة انتحال الغير للاسم بغير حق ، فأجاز لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ولمن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (٢) .

يدل على ذلك أن القانون بعد أن أعطى لصاحب الاسم الحق في أن يطلب وقف الاعتداء اعطاه كذلك الحق في أن يطلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، ووجه الاستدلال انه اذا لم يكن هناك ضرر ، فليس له الحق في أن يطلب تعويضا ، ولكن لا شك أن له الحق في طلب وقف الاعتداء ، سواء أوقع لصاحب الاسم ضررا أم لم يقع ، اما اشتراط الضرر فهو لا مكان الحكم بالتعويض لا لوقف الاعتداء ، فهذا الاخير جائز طلبه في جميع الأحوال دون توقيف على شرط حصول الضرر .

---

(١) المرجع نفسه - ص ٣٢ .
(٢) المادة (٥١) من التقنين المدني الجديد .

(المطلب الثاني)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الاسلامــــي

٢٨٠ — حق الانسان في تمييز ذاته يحصل باطلاق اسم عليه يتميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله ، وقد عرف علماء اللغـــة الاسم بأنه : من السمو ، وهو ما يتحقق به التقوية والرفعة والتقديـر (١)، ومن معانيه الارتفاع والعلو يقال منه : سموت ،وسميت ، مثــــل علوت وعليت ، وفلان لا يسامى ، وقد علا من ساماه ، ومنه سميـــت فلانا زيدا ،وسميته بزيد بمعنى وأسميته مثله فتسمى به (٢).

وفي اصطلاح الفقهاء : يعرف الاسم بأنه ما يقع به تعريـــف صاحبه ، يقول ابن القيم : ان التسمية لما كانت حقيقتها تعريـــف الشيء المسمى ، لأنه اذا وجد وهو مجهول الاسم لم يكن له ما يقـع تعريفه به . ثم يقول : والتسمية تعريف بالنسب والمنسوب (٣).

٢٨١ — الكنية واللقب كالاسم في التعريف :

ومثل الاسم في التعريف بصاحبه:الكنية واللقب ، يقول ابـــن القيم : وهذه الثلاثة (يقصد الاسم والكنية واللقب) وان اشتركـــت في تعريف المدعو بها فانها تفترق في أمر آخر ، وهو أن الاسم اما ان يفهم مدحا أو ذما أو لا يفهم واحدا منهما . فان افهم ذلك فهـــو اللقب ، ومن ثم يمكن تعريف اللقب بأنه:ما يفهم مدحا أو ذما(٤) ويغلـب استعماله في الذم ، ولهذا قال الله تعالى " ولا تنابزوا بالألقـاب"،

---

(١) مختار الصحاح ص ٣١٦ باب سما .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) ابن قيم الجوزية ـ تحفة المودود بأحكام المولود ـ ص ٢٦٥ — ٢٩ ـ المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٤) المرجع نفسه ـ ص ٨٠ ، وقد عرفه الشوكاني في فتح القديـــر ـ جـ ٥ ـ ص ٦٤ بأنه : " اللقب هو اسم غير الذى سمـــى به الانسان " .

ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم تلقيب الانسان بما يكرهه سواء أكان فيه أم لم يكن (١) ، وأما اذا عرف بذلك واشتهر به كالأعمش والاشتر والأصم والاعرج ، فقد اضطرد استعماله قديما وحديثا على السنة أهل العلم وسهل فيه الامام أحمد ، قال أبو داود في مسائله : سمعت أحمد بن حنبل سئل عن الرجل يكون له اللقب ، لا يعرف الا به ولا يكرهه ، قال : اليس يقال سليمان الأعمش ، و حميد الطويل ، كأنه لا يرى به بأسا (٢).

والكنية ما يكني به الرجل كأن يقال عنه مثلا : أبو عبد الله ، أو أبو القاسم وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة أن تكنى : بأم عبد الله ، وهو عبد الله بن الزبير ، وهو ابن اختها أسماء بنت أبي بكر(٣)، فالكنية وسيلة من وسائل التعريف بالمكنى .

٢٨٢ ـ الوصف الشرعي لتسمية الانسان :

وتسمية الانسان بمعنى ، اطلاق اسم عليه يتميز به عن غيره ، وتتحدد به معالم شخصيته من الأمور الواجبة ، يدل على وجوب التسمية قول الله تعالى : "وما جعل ادعياءكم ابناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم ، فأخوانكم في الدين ومواليكم " (٤).

ووجه الدلالة في هذا القول الكريم : ان الله تعالى قد نفى عن الدعى وصف البنوة وأهدر حكمها بالنسبة له ، والدعى هو من

---

(١) ابن القيم ـ المرجع والمكان السابقان .
(٢) المرجع والمكان السابقان .
(٣) المرجع نفسه ـ ص ٧٨ وما بعدها .
(٤) سورة الأحزاب ـ الآيتان : ٤ ، ٥ .

ينسب الى غير أبيه ، أو هو من ينسب ابنا لغير أبيه (١) ، ثم أمر المخاطبين أن يدعوا الابناء لآبائهم الذين نزلوا من اصلابهم ، أى انسبوهم اليهم بما يدل على أن نسبة الولد الى أبيه للصلب من الأمور الواجبة ، ولما كانت النسبة الى الأب لا تتحقق الا من خلال التسمية التى تطلق عليه لتميزه عن غيره ، ولتبرز رابطة النسب التى تلحقه بأبيه ، تكون تلك الاخيرة على حكم غايتها ، لما هو مقرر أن للوسائل حكم المقاصد .

ومما يدل على وجوب التسمية من السنة النبوية ما رواه أبو اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر حين سابع المولود ، بتسميته وعقيقته ووضع الأذى عنه ، فهذا الحديث وغيره يدل على وجوب تسمية المولود يوم السابع ، وروى مثله من حديث عبد الله بن عمرو ، انه صلى الله عليه وسلم أمر أن يسمى المولود يوم سابعه (٢) ، والأحاديث في هذا المعنى كثيرة ، ووجه الدلالة فيها على الوجوب قوله : أمر النبي صلى الله عليه وسلم ، فالأمر يدل على الوجوب ما لم يوجد صارف يصرف عنه ، ولا صارف له ، فيبقى على أصله .

ومما يدل على الوجوب من المعقول أن ترك التسمية فيه اضرار بالمولود ، وتضييع للحقوق ، واهدار للنسب ، وقد سمى الله نسبة الانسان بما ليس فيه أصلا منكرا من القول وزورا ، كما سمى صدق التسمية بأنه اقسط عند الله أى هو الذى يتفق مع العدل ويحفظ الحقوق وكل ذلك يدل على حرمة ترك التسمية ووجوب اتيانها ، حفظا لما يترتب على ثبوتها من حقوق ومنعا لضياع المصالح المرتبطة بها .

---

(١) راجع في هذا المعنى : الشوكاني - فتح القدير - جـ ٤ - ص ٢٦١ ، دار الفكر ببيروت والقرطبي - الجامع لاحكام القرآن جـ ١٤ - ص ١٢١ - دار احياء التراث العربي ببيروت .

(٢) ابن القيم - المرجع السابق - ص ٦٠ وما بعدها .

٢٨٣ — جهة التكليف بالوجوب :

واذا كانت التسمية واجبة ، فان تقرير هذا الحكم يقتضي تساؤلا حاصله ، على من يقع عبء هذا الوجوب ؟ ، أو من الذى يوجه اليه الخطاب بوجوب التسمية ؟ . وفي الاجابة عن هذا السؤال يقول ابن القيم : ان التسمية حق للأب ، وليس للأم ، والحق هنا بمعنى الواجب بدليل أن الأب اذا ترك تسمية ولده يأثم لتركه هذا الواجب ، ويقول : وهذا لا نزاع فيه بين الناس ، وأن الأبوين اذا تنازعا في تسمية الولد فهي للأب والأحاديث المتقدمة كلها تدل على ذلك ، وهذا كما أنه يدعى لأبيه لا لأمه ، فيقال : ابن فلان قال تعالى : أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا أباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم " ، وقد قال النبي صلى الله عليه عليه وسلم : ولد لي الليلة مولود فسميته باسم أبي ابراهيم ، وتسمية الرجل ابنه كتسمية غلامه (١).

ومن ثم يمكن القول أن واجب التسمية بالنسبة للمولود يقع على من له الولاية الخاصة عليه ، والتي تثبت للأولياء كالأب والجد حسب ترتيب المستحقين للحضانة ، فان لم توجد ولاية خاصة تكون التسمية واجبا على من له ولاية عامة ، وهو السلطان الذى هو ولي من لا ولي له ، لقوله عليه الصلاة والسلام : السلطان ولي من لا ولي له (٢). ومن المعروف أن السلطان يمارس ولايته على من لا يعرف لهم نسب من

---

(١) ابن القيم — السابق — ص ٧٩ .

(٢) أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ: لا نكاح الا بولي وايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له ، وقد روى مثله عن ابن عباس فيما رواه ابن ماجه عنه ، راجع : نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية — ج ٣ — ص ١٦٧ .

الأولاد من خلال نوابه القائمين علي شئون اللقطاء ، فيكون الواجب ملقى على عاتقهم ، على أساس اسناد الاختصاص في هذا الأمر اليهم ، أو من ينيبه الحاكم أو يفوضه في هذا الخصوص .

ولهذا نرى أن ما قرره فقهاء القانون بأن اختيار الاسم للمولود يقع على عاتق من له الولاية عليه ، أو الجهة التى تلقته أول ولادته لا يتعارض مع اتجاه الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

٢٨٤ — طبيعة الحق في التسمية في الفقه الاسلامي :

وحق المولود في التسمية يتعلق به اعتباران :

الاعتبار الأول : ان ذلك الحق يعد من قبيل الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان والتى تعد أحد معالم شخصيته التى يتميز بها عن غيره ، ولهذا يعتبر هذا الحق من تلك الزاوية حقا خاصا للانسان ، ومن مقتضى خصوصية هذا الحق أنه يجب أن يكون تسجيلا لعلاقته بأبيه ، وفي نفس الوقت ينبغي ان يكون خاليا مما يمكن أن يسيء الى الشخص في حياته ، أو يسبب له أى نوع من الالام النفسية التى يمكن أن تحدث له من جراء اطلاق اسم يعير به عليه ، ونشير الى هاتين الميزتين بشيء من التفصيل :

٢٨٥ — مظاهر الخصوصية في حق الانسان على اسمه :

الأول : ان هذا الاسم يجب أن يتضمن تسجيلا لنسبة الولد لابيه ، ذلك أن تلك النسبة هي المدخل السليم لحفظ حقوقه المادية والأدبية ، لهذا ولما كان اتصال نسب المولود بأبيه هو المدخل لحفظ حقوقه الخاصة ، وان تجاهل تلك النسبة أو اهمالها ينطوى على آثار خطيرة ، من أهمها ضياع تلك الحقوق ، فقد توعد الله من يتسبب في تلك النتائج المحرمة بالوعيد الشديد ، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم الآباء عن انكار بنوة أولادهم ، والامهات

عن انتساب الأولاد الى غير أبيهم ، وذلك فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعنة : ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها جنته ، وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق في الأولين والآخرين (١) .

ولم يقتصر النهى على جانب الآباء ، بل ان الرسول صلى الله عليه وسلم : نهى الابناء أن ينتسبوا الى غير آبائهم فقال : من ادعى الى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام (٢) ، وقد ذكر الطبرى أن أبا بكرة قرأ هذه الآية وقال : انا ممن لا يعرف ابوه ، فأنا اخوكم في الدين ومولاكم ، قال الراوى عنه : ولو علم ـ والله ـ أن أباه حمار لانتمى اليه (٣) ، ومن المؤكد أن هذا الوعيد سببه ما يترتب على هذا المسلك من تضييع للحقوق واهدار للنسب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (٤)

الثاني : أن الاسم الذى يتسمى به الانسان يجب أن يكون مجردا مما يمكن أن يسيء الى من اطلق عليه ، حتى لا يكون في اطلاقه عليه ما يمس شرفه واعتباره ، وحتى لا ينطوى هذا الاسم على ما يسيء الى سمعة صاحبه ، وفي هذا الصدد يجيء أمر النبي صلى الله عليه وسلم باحسان التسمية ، وذلك فيما روى عن أبي الدرداء ،

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة وصححه ابن حبان ، راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٣٦١ .

(٢) رواه البخارى ومسلم وأبو داود وابن ماجة وأحمد عن سعيد بن أبي وقاص وأبي بكره ، كلاهما قالا : سمعته اذناى ووعاه قلبي ، راجع : تفسير القرطبي ـ جـ ١٤ ـ ص ١٢١ ـ طبعة ، دار احياء التراث العربي ببيروت .

(٣) القرطبي ـ المرجع والمكان السابقان .

(٤) راجع : نيل الأوطار للشوكاني ـ جـ ٦ ـ ص ٧٩ ، وارواء الغليل للالباني ـ جـ ٧ ـ ص ١٩٠ ، والحديث متفق عليه .

أنه صلى الله عليه وسلم قال : " انكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وبأسماء أبائكم فاحسنوا اسمائكم " (١) وفي هذا الصدد أيضا يرشد النبي صلى الله عليه وسلم الى ما يحسن من الأسماء وما يقبح ، فيما رواه أبو وهب الجشمي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسموا بأسماء الانبياء ، وأحب الاسماء الى الله تعالى : عبد الله وعبد الرحمن ، واصدقها حارث وهمام ، واقبحها حرب ومرة (١) ، وفي هذا الصدد يقول صاحب سبل السلام ، وينبغي اختيار الاسم الحسن له ، أى للمسمى ، لما ثبت أنه صلى الله عليه وسلم ، كان يغير الاسم القبيح وصح عنه : ان اخنع الأسماء عند الله رجل تسمى شاهان شاه ، ملك الاملاك لا ملك الا الله تعالى ، فتحرم التسمية بذلك ، ومن الألقاب القبيحة ما قاله الزمخشرى : انه توسع الناس في زماننا حتى لقبوا السفلة بالقاب العلية ، وهب أن العذر مبسوط ، فما أقول في تلقيب من ليس من الدين في قبيل ولا دبير بفلان الدين ، هي لعمري والله الغصة التى لا تساغ (٣)

٢٨٦ — تغيير الاسماء ذات المعاني الكريهة :

وقد يكون للاسم المختار معنى سيئا تكرهه النفوس وتمجه المشاعر ، وذلك كحرب ومرة وكلب وحية واشباهها ، أو كالتسمية بأسماء الشياطين كخترب والولهان والأعور والأجدع ، يقول عمر رضي الله عنه ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الأجدع شيطان (٤).

---

(١) أخرجه أبو داود في الادب — باب تغيير الاسماء .

(٢) رواه أبو داود في الأدب — باب تغيير الأسماء . وراجع : سبل السلام للصنعاني — ج ٤ — ص ٢٠٤ ، وابن القيم — السابق — ص ٦٦ .

(٣) سبل السلام للصنعاني — المكان السابق .

(٤) ابن القيم — السابق — ص ٦٨ .

ومن هذا القبيل اسماء المجرمين والجبابرة كفرعون وقارون وهامان وغير تلك الأسماء مما يبعث ذكرها في النفس استرجاعا لمعنى مقيت أو ذكرى اليمة ، أو تاريخا سيئا ، اذ أن هناك ارتباطا نفسيا بين معنى الاسم والمسمى ، ولذلك يقول ابن القيم : قل أن ترى اسما قبيحا الا وهو على مسمى قبيح كما قيل :

وقلما ابصرت عيناك ذا لقب .. الا ومعناه ان فكرت في لقبه

والله سبحانه وتعالى في قضائه وقدره يلهم النفوس ان تضع الأسماء على حسب مسمياتها لتناسب حكمته تعالى بين اللفظ . ومعناه كما تناسب بين الأسباب ومسبباتها ، قال أبو الفتح ابن جنى : لقد مر بي دهر وأنا اسمع الاسم لا أدرى معناه ، فآخذ معناه من لفظه ، ثم اكشفه فاذا هو ذلك بعينه أو قريب منه ، فذكرت ذلك لشيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى ، فقال : وأنا يقع لى ذلك كثيرا ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : اسلم : سالمها الله ، وغفار غفرالله لها ، وعصية : عصت الله ورسوله ، ولما اسلم وحشى (قاتل حمزة) وقف بين يدى النبي صلى الله عليه وسلم ، فكره اسمه وفعله وقال : غيب وجهك عنى (١) .

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يشتد عليه الاسم القبيح ويكرهه جدا حتى ولو كان الاسم لمكان أو قبيلة أو شخص أو جبل ، حتى انه مر في مسير له بين جبلين فقال : ما اسمهما ؟ فقيل له : فاضح ومخز ، فعدل عنهما ولم يمر بينهما (٢) ولذلك نقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يغير الاسم باسم آخر لمصلحة تقتضي ذلك ، فقد روى عن ابن عمر أن النبي — صلى الله عليه وسلم — غير اسم عاصية وقال : انت جميلة . وقال أبو داود : وغير رسول الله صلى الله عليه وسلم اسم العاص ، وعزيز وعقلة وشيطان والحكم وغراب وحباب ، فسماه هاشما ، وسمى حربا سلما ، وسمى المضطجع المنبعث ، وسمى أرضا

---

(١) ابن القيم — المرجع نفسه — ص ٨٦ .

(٢) ابن القيم — المرجع نفسه — ص ٧٠ .

يقال لها : عفره : خضره ، وشعب الضلالة سماه : شعب الهدى ، وسمى بنى مغوية : بنى رشده ، وسمى العاص مطيعا ، وسمى غرابا : مسلما ، وسمى الصرم : سعيدا ، والآثار في هذا المعنى كثيرة (١)

ومن المؤكد أن حرص النبي صلى الله عليه وسلم على تغيير الاسم الكريه فيه ما يشعر بمدى حق الانسان على اسمه حتى لا يكون هذا الاسم مبعثا على النيل من سمعته ، والتهكم عليه .

الاعتبار الثاني : ان حق الانسان على اسمه فيه معنى العمومية أى جانب المصلحة العامة ، بمعنى أن مصلحة المجتمع لا تنتظم الا من خلال تحديد كل فرد من افراده باسم يتميز به عن غيره ، حتى يتسنى ضبط أصول المعاملات ، وتحديد مجال المسئولية عن كل ما يصدر عن الانسان من تصرف ، ولولا تحديد كل انسان باسمه لضاعت معالم المسئولية ولعمت الفوضى ، ولاستطاع من يفكر في ارتكاب جريمة أن يقدم على ارتكابها وهو مطمئن الى أنه سيفلت من المسئولية والعقاب ، من خلال شيوعه بين الناس وهذه مصلحة تتعلق بمصالح الجماعة ، فكان لهذا الحق معنى العمومية لذلك .

٢٨٧ ـ مظاهر العمومية في حق الانسان على اسمه :

ومن مظاهر العمومية في هذا الحق ، أن اسم الانسان اذا تصادم مع المشاعر الدينية ، أو كان ينطوى على مساس بالعقيدة فانه يحرم ، وفي هذا الصدد ، نقل ابن القيم اتفاق العلماء على تحريم كل اسم معبد لغير الله عز وجل ، كعبد العزى وعبد هبل وعبد عمرو وعبد الكعبة وما اشبه ذلك (٢) ، فلا تحل التسمية بعبد على ولا عبد الحسين ولا عبد الكعبة ، وقد روى ابن أبي شيبة حديث يزيد بن المقدام ابن شريح عن ابيه عن جده هانى بن شريح

---

(١) المرجع نفسه ـ ص ٧١ ، وما بعدها .
(٢) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٦٦ .

قال : وفد على النبي عليه الصلاة والسلام قوم فسمعهم يسمعون عبد الحجر ، فقال له : ما اسمك ؟ ، فقال : عبد الحجر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انما أنت عبد الله (١) ، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "ان اخنع الاسماء عند الله رجل تسمى شاهان شاه ، ملك الاملاك ، لا ملك الا الله تعالى "، ومن ثم تحرم التسمية بذلك (٢) ، كما يحرم على الانسان أن يتسمى باسم من أسماء الله تعالى على الاطلاق بحيث يطلق عليه كما يطلق على الرب تعالى (٣).

ومن المؤكد أن تحريم التسمية بما يثير مشاعر الناس نحو عقيدتهم الدينية يعد مظهرا من مظاهر عمومية حق الانسان على اسمه ، بالاضافة الى جانب الخصوصية فيه كما سبق ، والآثار وان كانت قد جاءت في تحريم الاسم الذى ينطوى على مساس بالعقيدة الدينية ، الا انه يلحق بها في التحريم كل ما يتعلق بالمصلحة العامة والآداب الاسلامية ، ومن خلال هذا النظر يستبين لنا أن طبيعة حق الانسان على اسمه يتنازعها جانبان هما جانب الخصوصية ، وجانب العمومية ، وان اتجاه القانون في هذه المسألة قريب من اتجاه الفقه الاسلامي الى حد كبير .

٢٨٨ — التعدى الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته :

واذا كانت المصلحة العامة والخاصة تقتضي أن يكون للانسان اسم يتميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله ، فمن المتصور ان يقع اعتداء على مضمون هذا الحق ، فينال من المصالح التى ينطوى عليها وهي في طبيعتها مصالح يغلب عليها الطابع الأدبي الذى لا ينظر الى المال فيه ابتداء ، ويمكن أن يتخذ

(١) ابن القيم ـ المرجع والمكان السابقان .
(٢) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٢٠٤ .
(٣) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٧٤ .

الاعتداء احدى صورتين ، الأولى : انتحال الاسم بغير حق والثانية : ان يقوم المعتدى باتيان أعمال تقترن بالاسم وتنال من سمعة صاحبه وشرفه واعتباره ، ونلقى الضوء على جوانب هاتين الصورتين من التعدى على حق الانسان في تمييز ذاته .

٢٨٩ — أولا : انتحال الاسم بغير حق :

وانتحال الاسم معناه : ان يستحل المعتدى اسم غيره فيطلقه على نفسه ، فهو من النحلة بمعنى : ادعاء التسمية(١)، وادعاء التسمية في حد ذاته جريمة ، حتى ولو لم يترتب على ادعاء التسمية ضرر للمعتدى عليه في تمييز ذاته ، لأن هذا الادعاء سيكون محكوما بغايته ، وغايته تتضمن شرورا كثيرة ، واضرارا جسيمة ، وهذه الشرور وتلك الاضرار ، لن يستطيع المعتدى أن يصل اليها الا من خلال انتحاله لاسم غيره ، ناهيك عما يتضمنه الانتحال لاسم الغير في حد ذاته من كذب وغش وخداع ونصب واحتيال ، ان كل تلك الجرائم المركبة لا تعدو ان تكون ظروفا ملابسة لجريمة انتحال اسم الغير، تبرز خطورتها ، وتكشف عن طبيعتها .

ان المنتحل لاسم غيره لا يقدم على هذا الفعل الا وهو يقصد استعماله في الوصول الى ما ليس له حق فيه ، انه يريد أن يتخذ من اسم غيره مطية لاستحلال الحقوق المادية والأدبية التى تقترن بهذا الاسم وترتبط به ، فمن يدعى نسبا الى غير أبيه ، فينتحل اسم غيره ممن يتمتعون بثقة الناس ، أو يحظون بمكانة اسرية أو اجتماعية مرموقة ، انما يرمى الى الاستفادة بما يعطيه ذلك النسب بغير حق ، ولهذا كان بفعله مستحلا لما حرم الله عليه ، ولهذا ايضا كان الوعيد في سنة النبى صلى الله عليه وسلم على التلاعب بتزوير الانساب ايجابا أو سلبا على نحو ما رأينا .

---

(١) مختار الصحاح — ص ٦٤٩ .

٢٩٠ ـ ثانيا : تشويه سمعة الأسم الأدبيـــة :

ومن صور التعدى على الاسم: تشويه سمعته الأدبيـــة وقد سمى القرآن ذلك العمل : بالتنابز بالألقاب ، في قوله تعالى: " ولا تنابزوا بالألقاب " (١) ، حيث جاء النهي عن هذا الفعـــل في اطار النهي عن سخرية الناس بعضهم من بعض رجالا ونســـاء والنهي عن اللمز ، والسخرية المنهى عنها معناها: الاستهـــزاء والتهكم والضحك على المسخور به ، وقد نهى قول الله تعالـــى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم " (٢) المؤمنين عن ان يستهزئ بعضهم ببعض (٣) بما ينال من سمعة المسخور منه ومكانته الأدبية لدى قومه ، فان السخرية تنطوى على تحريك مشاعر الناس للضحك عليه والازدراء منه ، والسخرية تمس الانسان في شخصه ، أو تذكر اسبابها مقرونة باسمه ، فكأن في السخرية تعد على حقـــق الانسان في تمييز ذاته ... واللمز معناه : العيب (٤) ، والعيـــب الذى يتم بالعين واليد واللسان والاشارة ، وفي الكناية معنى العيب الذى يتم باللسان وأكثر ، لأن العيب باللسان قد ينتهى أثره بمجرد التلفظ به ، أما الكتابة فهي أطول بقاء ، واكثر مكثا ، ولهذا يكـون أثرها في نسبة العيب ، الى المعتدى عليه في اللمز أقوى وأكـــبر ، ومن معاني اللمز الطعن في الذمة واللعن (٥) ، وهما اس التعـــدى على الانسان في اسمه وسمعته .

٢٩١ ـ وأما التنابز بالألقاب ، فمعناه أن يلقب الناس بعضهم بعضا بلقب سوء ، مثل كلب أو حمار أو خنزير ، أو يهودى ، ولا يشترط لقيام المسئولية على المتعدى في التنابز بالألقاب ، أن يكون صادقـــا

---

(١) سورة الحجرات آية ١١ .
(٢) نفس الآية الكريمة .
(٣) الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ٦٤ .
(٤) مختار الصحاح ـ ص ٦٠٤ .
(٥) الشوكاني ـ المرجع والمكان السابقان .

فيما قاله ، فلو قال لمسلم : يا يهودى ، او يا زاني ، أو يا لص ، وكان المسلم قد سبق منه الجرم المعير به ، فان ذلك لا يعفى الطاعن من اثم المسئولية عن اعتدائه على لقب أخيه وتنابزه به ، بل ان التنابز باللقب يتحقق معناه بمجرد ذكر الانسان بلقب يكرهه ، يقول الشوكاني : اخرج أحمد وعبد بن حميد والبخارى في الأدب ، وابن جرير وابن المنذر وابن حبان والشيرازى في الالقاب ، وابن مردويه والبيهقي في الشعب عن أبي جبيرة من الضحاك قال : فينا نزلت في بنى سلمة : ولا تنابزوا بالألقاب ، فقد قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس فينا رجل الا وله اسمان أو ثلاثة ، فكان اذا دعا واحدا منهم باسم من تلك الاسماء ، قالوا : يا رسول الله ان يكرهه ، فنزلت الآية الكريمة ، واخرج ابن مردويه عن ابن عباس نحوه، واخرج ابن جرير عن ابن عباس ، قال : التنابز بالألقاب أن يكون الرجل قد عمل السيئات ثم تاب منها وراجع الحق ، فنهى الله ان يعير بما سلف من عمله (١) ، ومن ثم فان التعدى على اسم الانسان لا يقتصر على مجرد نسبة أمور كاذبة تنال من سمعته ، بل ان التعدى على حق الانسان على اسمه يأتي من خلال نسبة ما يشين اليه ، حتى ولو كان قد سبق صدوره منه فعلا ، ما لم يرض صاحب الاسم بذلك ، أو يشتهر اطلاق اللقب السيء عليه حتى أصبح لا يعرف الا به ، في تلك الحالة يكون التعدى مباحا على خلاف الاصل .

---

(١) الشوكاني - المرجع السابق - ص ٦٦ ، وقد روى البخارى وأبو داود وأحمد عن أبي هريرة قال : أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - برجل قد شرب فقال : اضربوه . فقمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم : اخزاك الله ، قال : لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان. حيث دل هذا الحديث على عدم جواز تعيير من اقترف ذنبا به وقد امر النبي - صلى الله عليه وسلم - السارق بالتوبة فلما تاب قال : تاب الله عليك ، واذا كان الله قد تاب عليه فلا محل لتذكيره بالسيئات الماضية من عمره ، حتى لا ينال ذلك منه ، ويكون فيه تشجيعا له للعودة لارتكاب الجريمة ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني - جـ ٧ - ص ١٦٠

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية في فقه القانون

٢٩٢ — والحق في الخصوصية يعني حق الانسان في احترام حياته الخاصة ، فالخصوصية من الخصوص الذى هو ضد العموم ، يقال : خصه بالشيء يخصه خصا وخصوصا وخصوصية ، كما يقال : اختص فلان بالأمر ، وتخصص له اذا تفرد ، وخاصة الشيء ما يختص به دون غيره ، أى ينفرد به . (١)

.. ولم يرد للخصوصية تعريف في الدستور أو التشريع ، بل ان القانون المصرى يحمى حرمة الحياة الخاصة ، ولا يستعمل كلمة الخصوصية ، والشخص في حياته الخاصة يكون في حالة الخصوصية والخصوصية ليست مرادفة للسر الذى هو محل الكتمان والخفية (٢) ، وان كان معناه قريبا من معناها ، فالسر يفترض تمام الكتمان ، أما الخصوصية فقد توجد بالرغم من عدم وجود الكتمان التام ، وعرفا فان السر يفترض قدرا من الكتمان أكثر مما تفرضه الخصوصية (٣) .

---

(١) راجع : مختار الصحاح - ص ١٧٧ ، المجمع الوسيط - ج ١ - خصص - طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) المجمع الوسيط - السابق - ص ٤٢٨ ، كلمة سرر ، ومختار الصحاح - ص ٢٩٤ .

(٣) د . حسام الدين كامل الاهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة - ص ٤٦ - دار النهضة العربية ١٩٧٨ م .

... واذا كان من المتفق عليه ان نطاق الحياة الخاصة يتمتع بالحماية القانونية ، حيث يجب أن يظل بعيدا عن تدخل الغير وعن العلانية ، الا أن تعريف الحق في الخصوصية أو في حرمة الحياة الخاصة مازال من أدق الأمور التى مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن .

٢٩٣ — مرونة فكرة الحياة الخاصة :

والصعوبة التى تواجه تعريف الحق في الخصوصية مرجعها في الحقيقة يتمثل في أن فكرة الحياة الخاصة نفسها فكرة مرنة تختلف وتتطور من مجتمع الى آخر وتختلف بحسب الاخلاقيات السائدة في الجماعة ، بل وبحسب الظروف الخاصة بكل شخص من حيث كونه ممن يحبون كتم خصوصياتهم ، أو من هؤلاء الذين يجعلونها كتابا مفتوحا وبحسب ما اذا كان الشخص عاديا أم مشهورا ، كما نرجع الى مدى تقدير كل مجتمع للقيم التى تتعارض بمناسبة حماية الحياة الخاصة ، فهذه الحماية تجد في مواجهتها الحق في الاعلام الذى يرتبط الى حد كبير تجربة الصحابة ، وحماية الخصوصية تعتبر قيدا على حرية الصحافة ، فتضيق وتتسع نظرة كل مجتمع لنطاق الحياة الخاصة بحسب نظرته الى مدى الحرية التى يجب أن تتمتع بها الصحافة (١).

ويذهب الفقه المقارن الى أنه يصعب اعطاء الخصوصية تعريفا يصلح للتطبيق في المجال القانوني ، حيث تعتبر الخصوصية ذات نطاق قانوني واسع ، يصعب وضع حدود ومعالم مسبقة له ، وقد أوضح تقرير لجنة الخبراء المنبثقة عن المجلس الأوروبي في مجال حقوق الانسان انه بالرجوع الى الكتابات والدراسات المختلفة عن الحق في الخصوصية ، تبين أنه لا يوجد تعريف عام متفق عليه لهذا الحق سواء على مستوى التشريع أو القضاء أو العمل أو الفقه وسواء على المجال الدولي أو المجال المحلى (٢)

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٧

(٢) اشار اليه د . حسام الاهواني - المرجع نفسه - ص ٤٨ .

والقضاء من جانبه يمتنع غالبا عن اعطاء تعريف لفكرة حدودها غامضة ومن ثم فانه يكتفي بأن يبحث كل حالة على حدة حتى يوفر الحماية الكاملة دون أن يتقيد بقواعد مسبقة ، حيث يصعب القول مسبقا اين تنتهى الحياة الخاصة ، واين تبدأ الحياة العامة ، لكن هذا لا يمنع من محاولة تلمس بعض الأسس التى يمكن الاسترشاد بها في تحديد مفهوم حق الخصوصية .

٢٩٤ - المحاولات الفقهية لتعريف حق الخصوصية :

والتعريفات المختلفة التى وردت في القضاء والفقه المقارن، تقوم اما على وضع تعريف شامل للفكرة نفسها دون تعداد للعناصر التى تكون الحق في الخصوصية ، واما عن طريق مضمونها بتعداد الأمور والوقائع التى تدخل في نطاق الحياة الخاصة ، وذلك حتى يكون المجال مفتوحا لادخال تعديلات في التحديد حسب الظروف سواء بالاضافة أو بالحذف أو عن طريق الجمع بين الفكرتين ، ومن هذه المحاولات :

٢٩٥ - تعريف معهد القانون الامريكي :

وينظر الفقه الى التعريف الذى وضعه معهد القانون الامريكي للحق في الخصوصية ، نظرة تعكس أهميته ، ومدى ما يتمتع به من قيمة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهذا التعريف يبرز ماهية الحق وبصورة جدية حقه في الا تتصل اموره وأحواله الى علم الغير والا تكون صورته عرضه لانظار الجمهور (١) ، ويلاحظ ان هذا التعريف يبرز

---

(١) يوجد هذا التعريف في الفقرة ٨٦٧ من مجموعة
Restatment on law of Torts (1939)

وقد اشار اليه بريتان في مجلة تيولان القانونية سنة ١٩٦٣ .راجع

Brittan : The Right of privacy in England and the United States , Tulane law Rev. 1963 , P. 235 .

مجموعة من الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة ، وعلى وجه الخصوص ،الحق في الصورة ، الذى اثار خلافا في الفقه حول مدى امكان اعتبار الحق في الصورة أحد الأمور التي تكون معالم الحق في الخصوصية .

وقد انتقد هذا التعريف بأنه يقوم على أساس التفرقة بين ما يجب اعلانه للناس وبين ما يجب أن يظل خفيا عنهم ، والتفرقة بين هذين الأمرين مازالت من الأمور الدقيقة التي يصعب وجود معيار حاسم وواضح لها (١).

٢٩٦ ــ التعريف الذى ذهب اليه جانب من الفقه الأمريكي :

وقد ذهب جانب من الفقه الامريكي الى تعريف الحق في الخصوصية بأنه حق الشخص في أن يلزم الغير بأن يتركوه وشأنه ، فلا يعكر عليه أحد صفو خلوته (٢) ، ويعرف هذا التعريف، بتعريف الحق في الخلوة To Be Let Alone حتى ذهب البعض في تحليله الى وصفه بأنه حق الشخص في الا يكون اجتماعيا ، فالشخص له الحق في الوحدة وفي أن يظل مجهولا غير معروف للناس بعيدا عن فضولهم ونظراتهم ، فهو تعبير عن رغبة الشخص في أن يعيش بعيدا عن قيود الحياة الاجتماعية (٣)

---

(١) راجع : ما ذكره دكتور حسام الدين الأهواني حول تعريف معهد الادارة الامريكي والتعليق عليه ،المرجع السابق ـ ص ٤٩ .

(٢) Nizer (L) : The Right of Privacy : A Half Century's Developments, Minchigan law, Rev. 1941, Vol. 39. P. 526 .

(٣) المرجع نفسه ـ ص ٥٢٨ .

وقد أخذ مؤتمر البلاد الاسكندافية المنعقدة في ١٥ مايو سنة ١٩٦٧ بهذا التعريف حيث عرفه بأنه: حق الانسان في أن نتركه يعيش وحده ـ الحياة التى يرتضيها مع أدنى حد من التدخل من جانب الغير (١) ، كما بدأ جانب من الفقه الفرنسي يميل اليه مقررا ان لكل انسان جزءا من الحياة يجب أن يكون له شخصيا ومقصورا عليه وحده بحيث لا يجوز لاحد أن يدخل اليه بدون اذن ، والخلوة المقصودة قد تكون بأن يبتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده لفترة من الوقت أو يختلى بمن يألفهم .

والحقيقة أن التركيز على فكرة الخلوة بما تعطيه من هدوء يقدم ميزة هامة في تحديد المقصود بالخصوصية ، ذلك ان حماية الحياة الخاصة لا تعنى فقط عدم الكشف من اسرار هذه الحياة ودقائقها ، وانما تعنى أيضا ضرورة عدم التدخل في الحياة الخاصة بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس بهدوء وسكينة الحياة الخاصة للشخص ، فيجب احترام سرية الحياة الخاصة بعدم الكشف عنها ، ومن جهة أخرى يجب احترام هدوء الحياة الخاصة دون تعكير صفوها فلا يجوز الخوض فيها أو اثارتها .

٢٩٧ — تعريف الخصوصية باخراجها من الحياة العامة :

وقد ساد في في الفقه الفرنسي اتجاه يرمي الى ايجاد تعريف للحق في الخصوصية من خلال عقد موازنة بينها وبين ما يمكن أن يدخل في نطاق الحياة العامة للشخص ، واخراج كل ما لا يمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة ليكون مكونا للحق في الخصوصية ولذلك

---

(١) اشار اليه د . حسام الدين الاهواني : المرجع السابق - ص ٥٠ ، هامش (١٤) .

يعرف هذا التعريف بالتعريف السلبي للحياة الخاصة (١)٠

وبناء على ذلك فقد عرفها الفقيه الفرنسي : بادنتر في بحث له حول الحق في احترام الحياة الخاصة بأنها : كل ما لا يمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة للشخص (٢)٠

ويقوم هذا التعريف على أساس أن نطاق ما يدخل في الحياة العامة أكثر تحديدا واضيق نطاقا بحيث يكون من السهل تعريفهما بالاخراج كما يقولون : وبضدها تتميز الاشياء كما أن الموازنة بين الحياة العامة والخاصة من شأنه أن يعطي انطباعا لدى الكافة بأن الاصل هو حظر ما ينبغي أن يعرف عن الحياة الخاصة ، ومن ثم لا يجوز ان يكون هذا الجزء من حياة الانسان محلا لحب استطلاع الناس وفضولهم ... ولكن الذى يثيره هذا التعريف ، استجلاء معيار التفرقة بين الحياة الخاصة والعامة ، وقد قال البعض من انصار هذا التعريف : ان الحد الفاصل بين الحياة الخاصة والحياة العامة يكمن في شعور الانسان بالحياء تجاه الفة حياته ، وحيث يبدأ هذا الشعور في الظهور يبدأ نطاق الحياة الخاصة وتنتهى الحياة العامة (٣) ، ولما كان هذا المعيار فضفاضا ويحتاج الى ايضاح ، فقد لجأ انصار هذا الاتجاه أيضا الى ايضاح العناصر التى تدخل في الحياة العامة ، وهي الحياة الاجتماعية للشخص ، والتى بمناسبتها يدخل الانسان عادة في علاقات مع غيره من الناس ، مثل الحياة الحرفية ، والاجتماعية ، الحياة التى يحياها الانسان خارج باب منزله وتكون الحياة الخاصة هي التى يحياها الانسان خلف الأبواب (٤).

---

(١) د . حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ٥٣ .

(٢) Badinter : Le Droit au Respect de la vie Privée JCP. 1968 . Doct 2136 . No. 12.

(٣) مارتن لوسيان ، سر الحياة الخاصة . مقالة بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٩ ص ٢٣٠ ، وما بعدها ، مشار اليها في د . حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٤ ود . حمدى عبد الرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٦٦ ، دار الفكر العربي ١٩٨٩ م .

(٤) مارتن لوسيان ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٣٠ ، د . حمدى عبد الرحمن السابق ـ ص ٥٦٨ .

وفي نظرنا ان هذا المعيار مع ما قدم انصاره امن ايضـــاح لحقيقته يظل غامضا ، فالحياة الاجتماعية التى اعتبرت من نطاق الحياة العامة ، لا يمكن التسليم بوصفها كذلك لأن معظمها يدخل في نطاق الحياة الخاصة ، كما ان الحياة الحرفية أو الوظيفية لا تعتبر مـــن عناصر الحياة العامة بصفة مطلقة ، بل انها عند بعض الفقهاء وبحسب الاصل تعتبر من عناصر الحياة الخاصة للشخص العادى (١) ، ولذلـــك لم يجد الفقه بدا من امرين :

٢٩٨ ـ أولهما : اتخاذ التفرقة بين الحياة العامـــــة والخاصة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق ، وحتى يمكن تلافـــي الغموض الذى ما فتئ ملازما لمعيار التفرقة بين العمومية والخصوصيـة فان تقدير امر التفرقة بين الحالتين يجب أن يترك للقضاء ، ذلـــك ان تحديد نطاق كل من الحياة العامة والحياة الخاصة لا يتم وفقـا لمعيار واحد بالنسبة لكافة الأفراد ، اذ هو مختلف بالنسبـــة للفرد العادى ، عنه بالنسبة للفرد الذى يشغل منصبا عاما سياسيا أو يقوم بعمل أدبي أو فنى يجعله على قدر من الشهرة (٢).

وتقوم هذه التفرقة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق مـــع وسيلة أخرى وهى مدى حرية النشر ، فان الاعتداء على مقومـــات الحياة الخصوصية عادة ما يحصل عن طريق النشر بوسائل الإعـــلام المختلفة وهنا تتحدد معالم حماية الحق من خلال التوازن بين حريتين متعارضتين فحرية الفكر والنشر تعطى للصحفي أو للاديب الحق فـــي استخدام المعلومات التى يحصل عليها من واقع الحياة كأداة للوصـول الى انتاج عمل أدبي أو فكرى ناجح ، ثم يأتى الحق في الخصوصيـــة

---

(١) في هذا المعنى : د. حسام الدين الاهواني ـ المرجــع نفسه ـ ص ٥٥ .

(٢) د. حمدى عبد الرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٦٨ .

ليكون بمثابة القلعة التي يحتمي بها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة ، فذكريات الحياة الخاصة لكل فرد هي جزء من كيانه المعنوى ، فلا يجوز لأحد أن ينشر عنها شيئا بغير اذنه الصريح والواضح (١) .

ومن هنا كان وجوب فض التعارض بين الحريتين المذكورتين وفقا لميزان عادل ودقيق للتوفيق بينهما ، فالحظر المطلق للتعرض للحياة الخاصة يقضي على حرية النشر ، ويفتح الباب أمام فيض من الدعاوى القضائية لا ينقطع وفي نفس الوقت فان خصوصيات الفرد تعبر في حدود معينة عن جوهر انسانيته ، وحيث تنتهك الخصوصية على نحو خطير ينتهك الانسان ذاته (٢) .

٢٩٩ — ثانيهما : تعداد الأمور التى تدخل في نطاق الحياة الخاصة .

ومن المؤكد ان تعداد الأمور التى تدخل في نطاق الحياة الخاصة مما يفيد كثيرا في الوصول الى تحديد لمفهوم الحق في الخصوصية ، حيث افصحت احكام القضاء في كل من أمريكا وفرنسا على عدد من الحالات التى يعطى استقراؤها تصورا لطبيعة هذا الحق ومضمونه الى حد كبير .

---

(١) المرجع نفسه — ص ٦٧ ، وراجع حكم محكمة ، بروكسل في ١٤ يوليو سنة ١٩٣٤ Seiry : 1935 - 4 - 12.

(٢) راجع : د . حمدى عبد الرحمن — المكان السابق ، وحكم محكمة باريس في ٦ مارس سنة ١٩٥٥ م المشار اليه فيه — هامش (٣) .

٣٠٠ ـ أ ـ المساس بالخصوصية في القانون الأمريكي :

يقرر الفقيه (بروسر) أن الحق في الخصوصية يستهدف حماية الشخص في ان يخلوا (١) لنفسه ووفقا لما يقرره بروسر فان المساس بالخصوصية يتحقق بأمور أربعة :

١ ــ حالة التجسس على الحياة الخاصة بالتصوير داخل نطاقها أو التسجيل أو الدخول الى الأماكن الخاصة والتصنت على الأبواب أو التسمع عن طريق الاجهزة . ويشترط أن يكون الشخص في مكان يعطيه الحق ليخلو لنفسه .

٢ ــ نشر وقائع تعتبر من قبيل الوقائع الخاصة ، ومن ذلك نشر صورة طفل مشوه ، او الكشف للناس ان المدين لم يوف بدينه .

٣ ــ نشر وقائع تشوه الحقيقة في نظر الناس ، مثل استعمال اسم الشخص دون اذنه في عريضة مقدمة للسلطات العامة ، واستعمال صورة شخص على غلاف كتاب أو في صدد مقال ، دون أن تكون هناك صلة بين الصورة والكتابة ، وخاصة اذا كان استعمالها لتمثيل شخص جائع أو مجرم خطير أو طفل مهمل .

٤ ــ حق الشخص في الا يستعمل الغير بعض عناصر شخصيته بغرض الحصول على الربح وهذه العناصر تشمل الاسم والصورة والصوت والسلك ، فلا يجوز استعمال أى من هذه العناصر للدعاية التجارية ، حتى ولو كانت الوقائع صحيحة ، ويجب

---

(١) Prosser (W) : PRIVACY, california law Review . Vol. 48. August 1960. P. 380 - 423, Handbook of the law of Torts P.807- 4ed. 1971.

أن يكون الاستعمال بقصد الحصول على ربح ، وان لا يكـون الاستعمال مرضيا (١).

٣٠١ - ب - مكونات الحق في الخصوصية في القانون الفرنسي :

وقد أوضح جانب من الفقه الفرنسي أن الأمور التى تدخل في نطاق الحياة الخاصة هي الأمور التى تتعلق بالحياة العائلية كالبنوة والزواج والطلاق ، والحياة العاطفية والصورة (٢) والذمة المالية ، وما يدفعه الشخص من ضرائب وكيفية قضاء أوقات الفراغ ، وهذا التعداد لا يعدو أن يكون ترديدا لما قام القضاء بتطبيقه على الحالات محل الدراسة ، ولكن بعض الفقه يضيف الى ذلك الحق في الاسم ، وفي الصورة ، وفي الشرف والاعتبار وفي النسيان وفي سيرة حياته وفي الألفة ، وجوانب الحياة الحرفية غير العلنية وحياته الداخلية والروحية ، أى الحياة التي يعيشها الشخص حين يغلق عليه باب منزله (٣) ويدخل في نطاقه أيضا : الحق في الدخول في طي النسيان ، والمتمثل

(١) المرجع والمكان السابقان ، وقارن :
Beaney : The Right to Privacy and American law, law and contemporary problems 1960, Vol. 31, P. 254.
وراجع : د . حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٧١ .

(٢) حق الانسان على صورته في عدم نشرها الا باذنه اذا كانت قد أخذت في مكان خاص وكذلك تصوير الأشياء التى يملكها بدون وجه حق وفي ظروف من شأنها أن تسبب له ضررا ، والرأى الراجح انها من ضمن حق الانسان في الخصوصية . راجع: د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٧٦ - وما بعدها ، د . حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٧١ وما بعدها .

(٣) راجع في تفصيل تلك التطبيقات ومصادرها من القضاء الفرنسي د . حسام الدين الاهواني - الحق في الخصوصية - ص ٥٩ ، وما بعدها ، والأحكام القضائية المشار اليها فيه .

في حق الانسان في أى تدخل وقائع حياته السابقة والمشينة في طي النسيان فلا تذكر عليه ، وان كان الحق في النسيان يحمي الحياة العامة والخاصة على حد سواء متى دخلت في طي النسيان وايا كانت شهرة الشخص فيجب ألا يكون اسوأ حالا من المجرم الذى كفر عن جريمته فمحيت من صحيفة سوابقه ، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي (١) ، حيث اعتبر ان الكشف عن الوقائع التى ادخلها الزمن في طي النسيان يعتبر من قبيل الكشف عن الخصوصيات (٢).

٣٠٢ — تعريف الحق في الخصوصية :

ويمكن من خلال استقراء تلك الحالات ، وبيان الأسس التى يتحدد من خلالها مضمون الحق في الخصوصية ، ان يعرف بأنه : حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة ، ومنها بالذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة التى يحرص على عدم تدخل الناس فيها (٣) .

٣٠٢ — أهمية الحق في الخصوصية :

من المؤكد ان ايقاع الحياة اليوم وطابع العصر ، قد اضفيا على الحق في الخصوصية أهمية خاصة من جراء المخاطر التى يمكن أن تعتريه ، والمتمثلة في التقدم العلمي الهائل في أجهزة التصوير والتسمع والتسجيل ، لقد تقدم العلم تقدما جعل تلك الاجهزة تؤدى عملها في هتك ستار الحياة الخاصة ، دون مانع من حائط أو ستار بل ان بعض اجهزة التصوير يمكن أن تؤدى عملها

---

(١) محكمة باريس في ١٥/٥/١٩٧٠ ، دالوز ١٩٧٠ — ٤٤٦ (قضية جان فيرا) .

(٢) محكمة باريس الابتدائية في ١٧ ابريل سنة ١٩٧٥ الدائرة الثالثة - جازيت دى باليه ١٩٧٥ — ٦٧٨ .

(٣) د . حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٦٦ .

في جنح الظلام . ومن مسافات بعيدة ، كما ظهرت اجهزة التجسس والتصنت على التليفونات ومعرفة ما يدور خلف الابواب المغلقة ، بما يجعل حياة الانسان الخاصة في محط الرقابة ، وقد أدى اكتشاف الالكترون سنة ١٩٤٨ م الى كثرة انتاج اجهزة التصنت والتجسس ورخص تكاليف انتاجها مما يجعل الحصول عليها امرا ممكنا لدى الكثرة من الناس ، وكذلك ايضا فان وسائل الاعلام قد تطورت هي الأخرى تطورا جعلها في حاجة ماسة الى أنباء تبثها ، حتى ان بعض الصحف في سبيل الحصول على ربح مادى كبير تسعى لسعة انتشارها من خلال اخبار الاثارة وظهر ما يسمى بصناعة الفضائح باعتبارها من اروج الصناعات الحالية والتى تأتي أول ما تأتي على حق الخصوصية .

اضف الى ذلك ظهور العقول الالكترونية التى تتفنن في الكشف عن الاسرار الحقيقية للحياة الخاصة ، والظروف السكانية التى أدت الى ظهور المباني المرتفعة والمتلاصقة ، حيث سهل كل ذلك اختلاس النظر والتجسس على الغير ، هذا بالاضافة الى الصراعات السياسية والمنافسة الاقتصادية . كل ذلك جعل الحق في الخصوصية على درجة فائقة الأهمية (١) .

٣٠٤ ـ موقف التشريع المصرى من الحق في الخصوصية :

يلقى موضوع الحق في الخصوصية أهمية خاصة في التشريع المصرى ، حيث انه قد ارتفع به الى مصاف الحقوق الدستورية ونصت المادة (٤٥) من الدستور على أنه : " لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها الا بأمر

---

(١) د . حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ٥ وما بعدها .

قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقا لاحكام القانون " .

كما نصت المادة ٥٧ من الدستور على أن : " كل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء " ، والدستور في هذا النص يعبر عن ادانته لما تكشف من حالات استبان من خلالها مدى انتهاك مراكز القوى للحياة الخاصة للمواطنين من طريق التصنت على حياتهم الخاصة .

وتطبيقا لهذا الاتجاه الدستورى صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، والذى تضى بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة (١) ، وقد اضيف بمقتضى هذا القانون مادتان جديدتان الى قانون العقوبات ، وهما المادتان ٣٠٩ مكررا ، ٣٠٩ مكررا (أ) ، ونصهما كالآتي : مادة ٣٠٩ مكررا :
" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن ، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا ، أو بغير رضاء المجنى عليه :

أ — استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون .

ب — التقط او نقل بجهاز من الاجهزة ايا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص ، فاذا صدرت الأفعال المشار اليها في الفقرتين السابقتين اثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع ، فان رضاء هؤلاء يكون مفترضا .

---

(١) صدر هذا القانون في ١٢٨ سبتمبر سنة ١٩٧٢ م ، ونشر في العدد ٣٩ من الجريدة الرسمية ، وقد حرص القانون المدني على ضرورة كفالة العوائق المادية التى تحجب الجار عن المساس بالحياة الخاصة لجاره وذلك من خلال الاحكام الخاصة بالجوار وفتح المطلات والمناور في المواد من ٨١٩ — ٨٢١ من التقنين المدني المصرى ، والمسافات التى تحددها تلك المواد تستهدف أساسا الحيلولة ، دون اطلاع الجار على خصوصيات

ويعاقب بالحبس الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته ، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو اعدامها . . . مادة ٣٠٩ مكررا (أ) ، يعاقب بالحبس كل من اذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلا أو مستندا متحصلا عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة ، أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن .

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها باحدى الطرق المشار اليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه ، ويعاقب بالسجن الموظف العام ، الذى يرتكب احد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته ، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة ، وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة أو تحصل عنها ، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو اعدامها ، كما اضيف بمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ م ، والمادة ٩٥ الى قانون الاجراءات الجنائية ، لتحدد الاحوال التى يجوز فيها ضبط الخطابات ومراقبة التليفونات حيث جعلت ذلك من اختصاص قاضي التحقيق ، متى كان للاجراء فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر وفي جميع الاحوال يجب أن يكون الضبط او الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد اخرى مماثلة .

— جاره . راجع : الوسيط للسنهورى - جـ ٨ - ص ٧٧٦ ، د . عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الاصلية - ص ١٢٣ .

كما عدلت المادة ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية لتقرر مبدأ عدم تقادم الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وغنى عن البيان ان الاعتداء الناشئ عن جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة يعطى للمضرور الحق في التعويض المدني (١)

٣٠٥ ـ وقد جاء موقف التشريع المصرى متوائما مع الاتجاه الغالب للفقه المقارن ، والذى يحبذ الاعتراف بالحق في الخصوصية ، وهو اتجاه القانونين الامريكي والفرنسي ، كما أنه يمثل اتجاه المشرع المصرى كما سبق ، وقد خالف القانونان الايطالي والانجليزى في الاعتراف بالحق في الخصوصية ، حيث يرى القانون الايطالي أن المشكلة في حق الخصوصية ليست قانونية ، وانما هي مشكلة رقابة اخلاقية (٢) ،أما القانون الانجليزى فانه مازال يرفض الحق في الخصوصية باعتباره حقا مستقلا ، حيث يعتبر التعدى على الحق في الخصوصية من قبيل القذف او التعدى على الغير في ملكه، واحيانا يعتبره من قبيل المضايقات،أو من باب الاخلال بالثقة ،ولعل عذر القضاء الانجليزى في عدم الاعتراف بالحق في الخصوصية يكمن في تمسكه الشديد بفكرة السوابق القضائية ، التى تجعله يتردد كثيرا في وضع مبادئ جديدة تواجه التقدم العلمي والتطور الاجتماعي المعاصر ، فمازال القضاء الانجليزى يتمسك بمبدأ غريب ، وهو مبدأ أنه حيث تكون الحالة المعروضة أمام

---

(١) وقد نصت على مبدأ التعويض المادة ٥٧ من الدستور المصرى .

(٢) حكم محكمة النقض الايطالي بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٢ م ، ويبدو أن القانون الايطالي قد عدل عن هذا الاتجاه واعترف بالحق في الخصوصية استنادا الى المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان ، راجع حكم محكمة ميلانو الصادرة في يوليو سنة ١٩٧٠ م ، والمشار اليه في د . حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ١١٢ هامش (١٧) .

القضاء جديدة فانه لا يملك أى سلطة لاعطاء العلاج لصرف النظر عن مدى ظلم هذه القاعدة ، بل يجب أن يطبق القواعد السابقة الموجودة ، ومن ثم فقد اصبح من المستحيل ان يضيف القضاء خطأ جديدا على الاخطاء التى سبق ان أقرتها المحاكم الملكية منذ قرون ولهذا فقد أصبح قانون المسئولية المدنية في انجلترا قانونا عتيقا عفا عليه الزمن لا يتلاءم مع تطورات العصر ، وتسوده عدم المنطقية (١).

٣٠٦ - صور التعدى على حق الخصوصية :

ويبدو مما ذكره الفقهاء أن التعدى على حق الانسان في الخصوصية يتخذ صورتين :

الصورة الأولى : وتتمثل في التجسس على الحياة الخاصة.
والصورة الثانية : وتتمثل في الكشف عن الخصوصيات ونبين طبيعة التعدى في الصورتين بالقدر الذى تقتضيه تلك الدراسة.

٣٠٧ - أولا : التجسس على الحياة الخاصة وصوره :

والتجسس على الحياة الخاصة يعتبر من أهم صور التعدى عليها ، وصور التجسس على الحياة الخاصة أصبحت من الكثرة بحيث يكون من العسير حصرها ، لأنها مرتبطة بتقدم العلم ، وما يقدمه من ابتكارات تستهدف التفنن في التجسس على الغير ، لكن أهم صورتين في الحياة العملية من صور التجسس هما استراق السمع والتسجيل ، ثم التقاط أو نقل الصورة.

---

(١) د. حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٢٣.

٢٠٨ - أ - استراق السمع وتسجيل المحادثات الخاصة :

وبديهي أن التجسس عن طريق استراق السمع أو تسجيل المكالمات الخاصة أو نقلها يجب - حتى يكون مكونا لفعل التعدى على الحق في الخصوصية - أن يتم بدون اذن الشخص ، وقد اشرنا الى أن قانون العقوبات قد عدل بما يحرم استراق السمع وتسجيل المكالمات الخاصة ، لكنه قد اشترط لتوافر اركان الجريمة أن يتم المساس بالمحادثة عن طريق جهاز من الأجهزة ، ويقرر الفقه ان ذلك الشرط ليس ضروريا في مجال التجسس على الحياة الخاصة ، اذ يكفي للتعدى عليها مجرد التصنت أو التجسس او التلصص بصرف النظر عن الوسيلة التى تتبع في ذلك (١) ، فمن يسترق السمع باذنه من وراء الباب يعتبر معتديا على الحياة الخاصة للغير .

٢٠٩ - ب - التقاط أو نقل صورة للشخص :

وكما يحدث التعدى على الحياة الخاصة بالتجسس وتسجيل المكالمات ، فانه يتحقق أيضا عن طريق التقاط صورة للشخص دون اذن حتى ولو لم تنشر الصورة ، اذا كان الشخص يوجد في مكان خاص ، ومثل التقاط الصورة نقلها ، فان نقل الصورة يعني وضع اجهزة تمكن المتلصص من رؤية ما يدور في مكان آخر مثل وضع الدوائرة التلفزيونية المغلقة ، كما يعتبر اعتداء على الحق في الخصوصية مراقبة ما يدور في مكان خاص ، عن طريق منظار مكبر أو مرايا ، أو النظر من ثقب الباب ، كما يعتبر معتديا على الخصوصية من يقوم برسم صورة لما يراه في مكان خاص (٢) .

---

(١) د . حسام الدين الاهواني - المرجع نفسه - ص ١٠٤ .

(٢) Chavane (A) : La protection de la vie privéc dans la loi du 17 Juillet 1970 (Rev. Sc . Crim - et dr . pencomp 1971. P. 612. et.s.

واذا كانت المادة ٣٠٩ مكررا من قانون العقوبات تستلزم أن يكون التصوير أو النقل عن طريق اجهزة ، فـذلك القيد لا يسرى في مجال القانون المدني ، فالتجسس عن طريق الرؤية قد يتم دون أى اجهزة مثل النظر بالعين المجردة ، أو بأى وسيلة بصفة عامة .

واذا كانت الموافقة على التصوير هي الأصل ، فان هناك فروضا يمكن فيها استخلاص الموافقة الضمنية للفرد العادى على التصوير والنشر ، ومن هذا القبيل من يوافق على التصوير أثناء وجوده في مؤتمر علني ، اذ الفرض انه يوافق على نشر الصورة في اطار الاخبار المعلنة كذلك الحال اذا وافق شخص على أن تؤخذ له صورة مجانا لدى مصور ناشيء حيث يمكن افتراض موافقته على عرض الصورة للدعاية المصورة (١) ، ويتحقق القول السابق على وجه الخصوص بالنسبة للمشاهير من فناني السينما والمسرح ، حيث يتعذر على تلك الفئة ان تحتج على التصوير وانتشاره لأن ذلك من مظاهر الشهرة التى ينشدونها ، ويفترض موافقته الضمنية في اغلب الحالات على التصوير ، بشرط ان يكون عن حياة الفنان العامة أو نشاطه المهني دون تجاوز الى حياته الداخلية ، فان تجاوز الى حياته الداخلية دون علمه وبغير موافقته فان الأمر يعود الى الخطر مرة ثانية (٢).

٣١٠ — ثانيا : الكشف عن خصوصيات الانسان :

ويتحقق التعدى على حق الانسان في الخصوصية وفقا لتلك الحالة بالنشر عن طريق الطباعة والنشر ، والاذاعة ، فلا يجوز للشخص أن يذيع ما يصل الى علمه من وقائع أو معلومات تتعلق بالحياة

---

(١) د . حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٧٤ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٧٣ ، وما بعدها ، والأحكام المشار اليها فيه .

الخاصة للغير الا بعد الحصول على اذنه ، ومن المعروف أن حـــق الانسان في الخصوصية ينافي العلانية والنشر ، ومن ثم فان كل سلوك يستهدف ذلك الحق ، بالجهر بالقول أو بالصياح في مكان عـــام بطبيعته أو بالتخصيص بطريق المصادفة ، يعتبر تعديا ينال منـــه ، وكذلك الامر بالنسبة لوسائل الاعلام المختلفة كالاذاعة التى تحقـــق العلانية بالنسبة للكلام ، والتلفزيون الذى يحقق العلانية للصـــوت وللصورة معا ، واهم صور العلانية في الوقت الحاضر هي التى تتحقق عن طريق الكتابة سواء بالنشر في الصحافة أو أى وسيلة أخرى كتابيـــة ، حيث تتحقق العلانية هنا عن طريق الرؤية ، وليس السمع ، وعلانيـــة الكتابة لا تتحقق الا بتوزيع المطبوعات أو المكاتيب أو الصور أو بعرضهـــا لانظار الجمهور كما يتحقق التوزيع بتسليم المطبوعات أو المكاتيب أو الصور الى الغير أيا كان هذا الغير (١) ، كما تتحقق العلانية ايضا بالبيـــع وهو بذل الكتابة لقاء ثمن ، وبالعرض للبيع وهو طرحها لمن يرغـــب في شرائها ، وقد اثير التساؤل عما اذا كان الكشف عن الخصوصيـــة يتحقق من مجرد اطلاع الغير عليها حتى ولو لم يتم ذلك علنا ، حيـــث ذهب الفقه في مصر وفرنسا الى أن الكشف عن الخصوصية يتحقق عـــن طريق اطلاع الغير عليها ، حتى ولو كان شخصا واحدا وطلب منـــه الكتمـــان (٢) .

ولقد استقر الرأى في القانون المصرى والفرنسي على أن الاعتداء يتحقق من مجرد النشر ، حتى ولو كان لا يهدف الى الربح أو المنفعة بل حتى ولو كان يهدف الى تحقيق غرض نبيل وشريف لمصلحة أو ذكرى من كشف عن خصوصياته .

(١) راجع في هذا المعنى : شافان ـ السابق ـ ص ٦١٥ ، وبروسير ـ السابق ـ ص ٣٩٣ .

(٢) شافان ـ المرجع والمكان السابقان ، وراجع : د . حســـام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ١٢٥ ، وقد نصـــت المادة ٣٠٩ مكررا أ من قانون العقوبات المصرى على عقـــاب كل من اذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو في غير علانية .

(المطلب الثاني)

الضرر الواقع على خصوصيات الانسان في الفقه الاسلامي

٣١١ - اهتم التشريع الاسلامي بحق الانسان في خصوصيات بعض جوانب حياته اهتماما لا يقل عما اعطاه الفقه الوضعي بعد تقدمه وتطوره لهذا الحق ، بل ان الحق في الخصوصية قد حظى بتفصيلات في الفقه الاسلامي تبرز حدوده ، وتوضح خصائصه وتلقى الضوء على معظم جوانبه ، بما يكاد يكشف عن نظرة تأصيلية له تدل على سمو الشريعة الاسلامية واحتوائها على كل ما يحفظ حقوق الناس في كل زمان ومكان ، وقد احسن مجلس الشعب المصرى صنعا حين أقر تلك الحقيقة ، وهو بصدد مناقشة القوانين الخاصة بالحريات ، حيث ذكر بصفة اساسية أن الاصل الشرعي لحرمة الحياة الخاصة يكمن في قول الله تعالى : " ولا تجسسوا ، ولا يغتب بعضكم بعضا " (١) ، وهذا الاقرار وان كان قد اعترف بوجود تنظيم عام لهذا الحق في التشريع الاسلامي الا انه لم يعط تفصيلات توضح نطاق هذا التنظيم وحدوده في مجال التطبيق ، بما يجعله حقيقة واقعة ، وذلك ما نود ابرازه من خلال تلك الدراسة على نحو يتسنى من خلاله عقد موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي ، تعكس مدى حضور الفقه الاسلامى على ساحة الحياة المعاصرة ،بطريقة تفوق التشريعات الوضعية .

٣١٢ - حقيقة الحق في الخصوصية في الفقه الاسلامي :

واذا كان حق الخصوصية في الفقه الوضعي يعرف بأنه : " حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة ، وخاصة المحافظة

---

(١) سورة الحجرات - آية ١٢ .

على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها (١) ، فان هذه المعاني قد كفلت احكام التشريع الاسلامي المحافظة عليها بما يبرز أهميتها في حياة المجتمع افرادا وجماعات ، وبما يحدد في النفوس الباعث القوى على احترامها .

٣١٣ ـ محل الحق في الخصوصية ومكانها :

ومحل الحماية في حق الخصوصية هي المشاعر الانسانية الراقية التى تبعث في النفس نزوعا فطريا يدفع الانسان دفعا لصيانة الجوانب الخاصة من حياته عن التبذل ، وينأى به عن أن تكون عوراته حمى مباحا لمن يدفعه الفضول ، أو القصد السيء للاطلاع عليها وهذه مصلحة أكيدة وذات اعتبار في التشريع الاسلامي ، ولا يقلل من أهميتها ان تكون امرها أمر مشاعر ، فان تلك المشاعر من القوة والتأثير على حياة الانسان بما يجعلها مكونا لمعاني تلك الحياة نفسها ، بل ان قوتها لدى البعض قد تصل الى حد بذل الحياة من اجلها .

٣١٤ ـ بيت الانسان ستر عورته :

وأما مكان هذا الحق ، فنظرا لأنه يتعلق بالجانب الخاص من حياة الانسان أو كما عبر عنه فقهاء القانون الوضعي : بأنه ما يدور من حياة الانسان خلف الأبواب المغلقة ، كان من الطبيعي ان يكون بيت الانسان هو الحصن المنيع الذى يجب أن تقف عنده

(١) تعريف الدكتور حمدى عبد الرحمن في فكرة الحق ـ ص ٦٦ .

رغبات الغير في التطلع لما يدور خلفه ، لأن ما يدور في بيت الانسان يعتبر من أخص أمور حياته التي لا يجب أن يطلع عليها أحد من الناس ، ولقد بلغ من سمو القرآن الكريم وروعته ان عبر عن هذه المعاني الكامنة وراء باب بيت الانسان أبلغ تعبير حين وصفها بأنها عورة ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم ، والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر ، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم " (١) ، بل ان وصف البيوت بالعورة ، هو العذر الذى اراد المنافقون ان يستأذنوا به من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، للفرار من الجهاد يوم الخندق ، كما حكى القرآن الكريم عنهم في قول الله تعالى : " واذ قالت طائفة منهم يا أهل يثرب لا مقام لكم فارجعوا ويستأذن فريق منهم النبي ، يقولون ان بيوتنا عورة وما هي بعورة أن يريدون الا فرارا " (٢) ، وقد نفى القرآن الكريم وصف العورة عن بيوتهم ، فدل على كذب ما يدعون .

ووصف القرآن الكريم للبيوت بالعورة فيه دلالة على وجوب ستر ما وراءها لأن العورة لغة : هي سوءة الانسان وكل ما يستحيا منه (٣) ، وهي في اصطلاح الفقهاء : ما يجب ستره ويحرم النظر اليه (٤) ، ووصف البيوت بالعورة التى تنبئ بكل معاني الصيانة والحفظ - يدل على مدى تقدير التشريع الاسلامي لصيانة البيوت بصفة خاصة ، وحماية خصوصيات الانسان بصفة عامة .

---

(١) سورة النور : آية ٥٨ .
(٢) سورة الأحزاب - آية ١٣ .
(٣) مختار الصحاح - ص ٤٦١ .
(٤) المغني لابن قدامة - جـ ١ - ص ٥٧٧ ، ونيل الأوطار للشوكاني جـ ٢ - ص ٦٩ ، وما بعدها ، وتفسير القرطبي - جـ ١٤ - ص ١٢٨ ، وفتح القدير للشوكاني - جـ ٤ - ص ٢٦٦ .

٣١٥ — تنظيم الاسلام لجانب الخصوصية في حياة الانسان :

لهذا ، ونظرا لما يمثله بيت الانسان في حياته ، كسياج ، يأمن خلفه على عوراته التي لا يجب بفطرته ان يطلع عليها أحد ، فقد حظي الدخول للبيوت بتنظيم دقيق يضمن حفظ خصوصيات الانسان خلف أبوابها ، وجعل لهذا الدخول شروطا تضمن تحقيق تلك الغاية على أبلغ صورة واتم معنى ، ثم ان الهدف الرئيسي من وراء ذلك يتمثل في الحيلولة دون وصول احد الى ما يريد أن يعرفه عن الغير من خصوصيات لا يريد هذا لأحد ان يطلع عليها ، ونظرا لأن التجسس من أخطر الادوات لكشف خصوصيات الانسان ، فقد حرص التشريع الاسلامي على النهي عنه ، حتى يغلق بتحريمه كل الأبواب التي يمكن ان يتسلل منها خطر على خصوصيات الانسان ، وقد تقدمت وسائل التجسس واصبح منه التصنت والتصوير ومراقبة المكالمات الهاتفية وغيرها ، ومن ثم يجدر ونحن نبرز موقف التشريع الاسلامي أن نتناول تلك السلوكيات الحديثة التي تهدد حق الانسان في خصوصيات حياته بالتأصيل والاشارة .

٣١٦ — أولا : التنظيم الفقهي لدخول البيوت :

اضفى الشارع الحكيم على البيوت حرمة خاصة يصور غايتها الامام القرطبي بقوله : لما خصص الله سبحانه ابن أدم الذى كرمه وفضله بالمنازل وسترهم فيها عن الابصار، وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد ، حجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير اذن أربابها ، وأدبهم بما يرجع الى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة(١)، وجاء ذلك التنظيم الشرعي لحرمة البيوت في قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى

---

(١) تفسير القرطبي - ج ١٢ - ص ٢١٢ .

تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ، فان لم تجدوا فيها احدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو ازكى لكم والله بما تعملون عليم " (١)

وهاتان الآيتان الكريمتان تدلان على أمرين في غاية الأهمية، يمثل :

أولهما : اقرار الشارع الحكيم لحق الانسان في خصوصيات حياته داخل بيته .

وثانيهما : يتضمن تنظيما لممارسة هذا الحق في مواجهة الغير، وينبغى بيان ذلك .

٣١٧ - أ - اقرار الشارع لحق الخصوصية :

من ابرز ما تدل عليه الآية الأولى : ان الله عز وجل أراد أن يشعر المخاطبين بأن حق الانسان داخل بيته وعلى خصوصيات حياته خلف أبوابه محل اعتبار ، حيث نسب البيوت الى أهلها ممن قرر لهم هذا الحق في قوله تعالى : حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، أى على أهل تلك البيوت ، وقد خاطبهم في بداية الآية بما يدل على هذا المعنى بقوله : " لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم " ، حيث خلع عنهم وصف ملكيتها ، فكان من لوازم ذلك اثبات ملكيتها لأصحابها ، فالآية الكريمة قد صيغت على نحو يبرز معالم هذا الحق ابتداء . (٢)

٣١٨ - ب - ممارسة حق الخصوصية في مواجهة الغير :

ويترتب على ثبوت حق الانسان في خصوصيات بيته ، أن يكون لهذا الحق حرمة تمثل نوعا من الاختصاص لصاحبه ، فلا يجوز لأحد مشاركته فيه ، لأن مجرد المشاركة من الغير تجافي معنى الخصوصية

(١) سورة النور - الآيتان ٢٧ ، ٢٨ .
(٢) القرطبي - المرجع والمكان السابقان .

وليس لغيره أن يلج حمى هذا الحصن المحرم الا باذن منه ، وليس المراد بالاذن مجرد الرخصة ولكنه الاذن الذى يفصح عن رضا صاحب البيت العام والمطلق بدخول الغير فيه .

٣١٩ ـ شروط صحة رضا صاحب البيت بالدخول :

واذا كان رضا صاحب البيت بدخول غيره فيه يمثل مظهرا من مظاهر اقرار الشارع لحقه في الخصوصية على بيته ، فان من شروط صحة هذا الرضا أمور :

٣٢٠ ـ الأول : أن يوجد الاستئذان من الغير :

فمن أراد أن يدخل بيت غيره يجب أن يكون استئذانه للدخول سابقا لا مسبوقا ، يدل على ذلك قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون " ، والاستئناس معناه الاستئذان(١) وقيل : معناه العلم الحاصل بموافقة صاحب البيت على الدخول (٢) ، وقيل : ان معناه من الانس الذى هو خلاف الاستيحاش (٣) ، واستشعار الراغب في الدخول بأنس صاحب البيت يفيد حصول رضاه بالدخول وزيادة ، فمعاني الكلمة كلها تدل على وجوب الاستئذان قبل الدخول .

٣٢١ ـ آداب الاستئذان وصورته :

قال العلماء : والسنة في الاستئذان أن يكون ثلاث مرات لا يزاد عليها ، قال ابن وهب : قال مالك : الاستئذان ثلاث لا أحب أن يزيد أحد عليها ، الا من علم أنه لم يسمع فلا مانع أن يزيد اذا

---

(١) القرطبي ـ المرجع والمكان السابقان .
(٢) المرجع والمكان السابقان .
(٣) الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩ .

استيقن من عدم سماعه ، يدل على ذلك ما روى عن أبي سعيد الخدرى ان عمر بن الخطاب قال له : ما منعك ان تأتينا ؟ فقال : اتيت فسلمت على بابك ثلاث مرات فلم ترد على فرجعت ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " اذا استأذن أحدكم ثلاثا ، فلم يؤذن له فليرجع "(١) وانما خص الاستئذان بثلاث ، لأن الغالب من الكلام اذا كرر ثلاثا سمع وفهم ، واذا كان الغالب هذا ، فاذا لم يؤذن له بعد ثلاث ظهر أن رب المنزل لا يريد الأذن ، أو لعله يمنعه من الجواب عنه عذر لا يمكنه قطعه فيجب على المستأذن أن ينصرف (٢).

وصورة الاستئذان أن يقول : السلام عليكم ، أأدخل ؟، فان اذن له دخل وان أمر بالرجوع انصرف ، وان سكت عنه استأذن ثلاثا ثم ينصرف من بعد الثلاث ، وقيل : ينبغي أن يقدم الاستئذان على السلام لأن الآية قدمته عليه في قوله تعالى : حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، الا اذا وقع بصره على انسان قدم السلام (٣) .

فاذا أتى باب البيت لم يستقبل الباب من تلقاء وجهه ، ولكن من ركنه الايمن أو الايسر ، الا اذا كان الباب مردودا فله أن يقف حيث شاء منه ويستأذن ، وذلك احتراما للبيت ، وتلافيا لما يمكن أن يقع على ما بداخله من نظرة الفجاءة من الطارق .

فاذا أرسل صاحب البيت الى غيره رسولا فان هذا الرسول يقوم مقام أذنه في الدخول لما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " رسول الرجل الى الرجل اذنه " ، أى اذا أرسل اليه رسولا فقد اذن له في الدخول (٤)

---

(١) حديث مشهور أخرجه الصحيح ، راجع : تفسير القرطبي - ج ١٢ - ص ٢١٥ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) الشوكاني - المرجع السابق - ص ٢٠ .

(٤) القرطبي - المرجع نفسه - ص ٢١٨ .

٣٢٢ - الثاني : أن يكشف المستأذن من شخصيته :

ولا يكفي لحصول رضا صاحب البيت بدخول غيره ، أن يحصل الأذن من الغير على النحو الذى قرره الفقهاء ، وانما لابد - حتى يكون هذا الرضا صحيحا - أن يكشف المستأذن عن شخصيته على نحو يجعل موافقة صاحب البيت على الاذن له بالدخول ، صادرة عن رضا تام ، يدل على ذلك ما رواه الصحيحان وغيرهما عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما قال : استأذنت على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : من هذا ؟ فقلت : أنا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنا أنا ، كأنه كره ذلك (١) ، قال العلماء : انما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لأن قوله : أنا ، لا يحصل بها تعريف وانما الحكم في ذلك أن يذكر اسمه كما فعل عمربن الخطاب رضي الله عنه وأبو موسى ، لأن في ذكر الاسم اسقاط كلفة السؤال والجواب وقد ثبت عن عمر بن الخطاب أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في مشربة له ، فقال : السلام عليكم يا رسول الله ، السلام عليكم ، أيدخل عمر ؟، وفي صحيح مسلم أن أبا موسى الأشعرى جاء الى عمر رضي الله عنه فقال : السلام عليكم ، هذا أبو موسى ، السلام عليكم ، هذا الاشعرى (٢).

٣٢٣ - الثالث : يحرم النظر داخل البيت حال الأذن :

كما يجب على من يستأذن للدخول حال الاذن وقبل أن يؤذن له أن يمنع اذاه عن خصوصيات صاحب البيت ، سواء كان البيت مفتوحا أم مغلقا ، وانما عليه أن يحاول الاذن على حال لا يطلع منه على البيت

(١) المرجع السابق - ص ٢١٧ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

لا في اقباله ولا في انقلابه ، فقد روى العلماء عن عمر بن الخطاب أنه قال : من ملأعينيه من قاعة بيت فقد فسق (١) ، ذلك اذا كان باب البيت مفتوحا ، فان كان باب البيت مغلقا ، فمن الحرام الواضح، والتعدى السافر أن يحاول المستأذن التلصص على ما بداخل البيت حتى ولو كان ذلك من أجل أن يؤذن له ، فقد روى الصحيح عن سهل بن سعد ان رجلا اطلع في حجر باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدرى (مشطا) يرجل به رأسه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو اعلم انك تنظر لطعنت به في عينيك ، انما جعل الله الاذن من أجل البصر (٢) .

٣٢٤ — التعدى على خصوصية الانسان بالتلصص :

وقد اعتبر الفقهاء أن التلصص على منزل الغير دون اذنه ، أو الاطلاع عليه من ثقب باب أو شق ونحوه نوعا من التعدى الذى يعطى صاحب المنزل دفعه بالوسائل التى يدفع بها الصائل ، بل نظروا الى المتلصص والناظر من ثقب الباب على أنه صائل يدفع ضرره بما يستطاع فلو أن صاحب المنزل رماه بحصاه أو طعنه بعود فقلع عينه ، فلا مسئولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية ، أى لا يجب عليه قصاص ولا دية ، يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاه ففقأت عينه ما كان عليك جناح ، وفي لفظ لأحمد والنسائي وصححه ابن حبان ، فلا دية له ولا قصاص (٣) .

٣٢٥ — المتلصص على بيت غيره صائل :

وقد ذهب الشافعية والحنابلة الى عدم وجوب شي على القاذف

---

(١) المرجع نفسه ص ٢٢٠ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .
(٣) سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ٥٠٩ .

للمتلصص اذا نظر الى بيته بغير أذنه استدلالا بهذا الحديث وغيره (١) ، يقول ابن قدامة : وسبب ذلك ان الناظر من ثقب الباب يرى ما بداخله من غير أن يعلم به أحد فلا يستتر وظاهر كلام أحمد أنه لا يعتبر في هذا أنه لا يمكنه دفعه الا بذلك ، وقال ابن حامد : يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به فيقول له أولا : انصرف ، فان لم يفعل اشار اليه يوهم أنه يحذفه ، فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى ، فان ترك الاطلاع ومضى لم يجز رميه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطعن الذى اطلع ثم انصرف ، وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك ، والأولى أنه لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح لأن التفريط من تارك الباب مفتوحا ، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحا انه يستتر لعلمه أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه (٢).

وذهب الحنفية والمالكية : الى أن صاحب الدار يسأل عن حذفه للناظر من ثقب الباب في عينه ، الا اذا بلغ التعدى من الناظر مبلغا يجعله حريا بتوقيع مثل هذا الفعل عليه ، بأن تمادى الناظر في فعله ، ولم يقف عند حد النظر الى داخل البيت بعينه فأدخل رأسه وراح ينظر ، في هذه الحالة لو رماه صاحب الدار بحجر ففقأ عينه فلا يضمن اجماعا " (٣) ، فالفقهاء متفقون على اعفاء الرامي للمعتدى ، اذا ادخل الاخير رأسه ، فاذا اكتفى بمجرد النظر يكون

---

(١) راجع : مغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٧ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ـ ص ٢٢٥ ، واعلام الموقعين ـ جـ ٢ ـ ص ٣٣٦ ، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٣٥ .

(٢) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٣٥ وما بعدها ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٨٨ وما بعدها .

(٣) راجع في هذا المعنى : تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ـ جـ ٦ ـ ص ١١٠ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٢٩٠ ، مجمع الضمانات ـ ص ١٦٩ ، والقوانين الفقهية ـ ص ٣٥١ .

فعله هذا محل خلاف ، والراجح في نظرى هو رأى الشافعية والحنابلة لأن تصرف صاحب البيت نحو المعتدى جاء مستندا الى حديث النبي صلى الله عليه وسلم وهو الذى يتفق مع المحافظة على خصوصية الانسان .

٣٢٦ — الرابع : ان يصدر اذن صاحب البيت بالدخول :

وهذا الشرط معلوم بداهة ، لأن دخول الغير الى المنزل مشروط بموافقة صاحبه ، واذا كان الاستئذان بشروط التى سلفت يعتبر حيثية لصدور موافقة صاحب المنزل على الدخول ، تبقى تلك الموافقة هي الأساس لذلك ، وهي المظهر الحقيقي لتأكيد حق الانسان في خصوصية بيته ، يدل على ذلك قول الله تعالى : " فان لم تجدوا فيها احدا فلاتدخلوها حتى يؤذن لكم ، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو ازكى لكم والله بما تعملون عليم " (١).

واذا ثبت أن الاذن شرط في دخول الغير للمنزل فانه يجوز أن يصدر الاذن من الصغير والكبير ، لما هو معروف من أن أنس بن مالك كان وهو دون البلوغ يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الصحابة مع أبنائهم وعلمائهم رضي الله عنهم (٢) .

٣٢٧ — ثانيا : تحريم الاسلام للتجسس :

واذا كان الاسلام قد نظم دخول بيت الغير ووضع له نظاما ينطوى في حقيقته على حفظ حق الانسان في خصوصية حياته ، فان هذا

---

(١) سورة النور — آية ٢٨ .
(٢) القرطبي — السابق — ص ٢٢٠ .

التنظيم يعتبر في حقيقته توجيها خاصا باعتبار أن بيت الانسان ليس هو فقط محل خصوصياته ، وانما توجد خصوصيات أخرى تقع خارج البيت ولا يريد الانسان أن تصل الى غيره ، أو قد تكون تلك الخصوصيات مما يقع داخل البيت ، ولا يتوقف كشفها على مجرد دخول الغير اليه ، فهذا الذى يسعى للكشف عن خصوصيات الانسان لا ينتظر منه أن يطلب من صاحب البيت اذنه بالدخول ، اذ المعتدى لا يحترم غالبا قواعد النظام الذى يجب اتباعه وانما هو يسعى الى الحصول على ما يريده من معلومات عن خصوصيات المعتدى عليه بطريقته ، وقد تقدمت أدوات التصنت ، وتطورت أجهزة التلصص الى مدى يفوق التفكير ، مما يساعده للوصول على ما يريده دون قيد أو رابط ، لهذا وسد القنوات التعدى على الغير في خصوصياته باطلاق، نهى القرآن الكريم عن التجسس ، فقال تعالى : "يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا " (١)،حيث ورد النهي في الآية عن التجسس باللفظ الصريح القاطع في ثبوت الحرمة .

٣٢٨ - حقيقة التجسس ووجه التعدى فيه :

والتجسس لغة : من الجس وهو التفحص ، يقال : جسس الاخبار أى تفحص عنها ، ومنه الجاسوس (٢) ، وهو الذى يبحث عن الاخبار .

وفي اصطلاح الفقهاء : هو البحث عما ينكتم من عيوب المسلمين وعوراتهم (٣) ، وقد نهى الله عز وجل في الآية الكريمة عن البحث عن معايب الناس ومثالبهم ، وما لا يريدون اظهاره مما يدخل في اطار عورات حياتهم ، وقد جاء هذا النهى عاما ليشمل كل ما يمكن أن يتسلل منه المعتدى الى خصوصيات المعتدى عليه ، وليكون

---

(١) سورة الحجرات - آية ١٢ .
(٢) مختار الصحاح - ص ١٠٤ .
(٣) الشوكاني - فتح القدير - جـ ٥ - ص ٦٥ .

في هذا العموم ما يشمل كل ما اسفرت عنه تطورات العلوم في مجال التجسس والتصنت بالتصوير ، والتسجيل ونقل المكالمات الهاتفية وغير ذلك فهذه الصور من التجسس لا تتأبى عن الخضوع في حكمها لعموم النهى عن التجسس الوارد في الآية الكريمة ، لأنها أحد أفراده وجزء من مكوناته ، ويكون حكمها التحريم .

وجمهور الفقهاء على أن الجاسوس يعزر ، وقد زاد أبو حنيفة والأوزاعي وأبو يوسف أنه يودع السجن حتى يتوب ، وزاد بعض المالكية نفيه من المكان الذى يوجد فيه (١) ، وهذا ما لم يكن جاسوسا للاعداء في الحرب فانه يجوز قتله عند المالكية وبعض الحنابلة (٢)، فان كان الجاسوس حربيا أو كافرا فانه يقتل باتفاق (٣) ، وان كان ذميا فالراجح أنه ينتقض عهده ويقتل (٤).

والذى يعنينا من جريمة التجسس ، هو ما يقع منه على خصوصيات الانسان وجمهور الفقهاء على أنه يعزر بالحبس والسجن كما سبق .

٣٢٩ — خصائص التجريم في مجال التعدى على الخصوصية :

ومما يلاحظ على تجريم الشارع الحكيم سبحانه للتعدى على خصوصيات الانسان انه يتسم بأمرين :

٣٣٠ — أولهما : ان الشارع لم يشترط حصول ضرر للمتلصص عليه :

لقد اناط الشارع الحكيم الحكم هنا بعلة تتمثل في الفعل الضار، وهو هنا مجرد النظر على بيت الغير أو التلصص عليه بدون أذنه ،

---

(١) المهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٤٣ ، كشاف القناع - جـ ٦ - ص ١٢٦ .

(٢) تبصرة الحكام - لابن فرحون - جـ ٢ - ص ١٩٤ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - جـ ٨ - ص ١٠

(٤) راجع : المكان السابق .

أو التجسس بصفة عامة ولم يشترط لتوافر الجرم ان يترتب على هذا النظر أو التجسس ضرر، فلو ان شخصا نظر في منزل غيره من ثقب، ولم تقع عيناه على عورة ، فان مجرد هذا الفعل يكون كافيا لتوقيع العقاب عليه (١) ، حيث لا يشترط حصول ضرره يدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم يقول : لو أن رجلا اطلع ، حيث جعل مجرد الاطلاع أو النظر هو علة الحكم ، دون أن يشترط له حصول ضرر بالمعتدى عليه ، وهذه حسنة تحسب للتشريع الاسلامي ، لأنه من باب المبالغة في حفظ خصوصيات الانسان ، رتب الحكم على مجرد النظر الذى لا يتعدى كونه وسيلة أو اداة للتعدى والوقوف على أسرار الانسان ولم يشترط الفقهاء لنفي التعدى عن المتلصص سوى اهمال صاحب البيت بتركه مفتوحا ، وعدم وجود شبهة للناظر في بيت غيره ، كما لو كان له محرم فيه أو زوجة أو متاع لم يجز قصد عينه لأن له في النظر شبهة (٢).

٣٣١ - ثانيهما : لا يشترط توافر القصد لدى المعتدى :

ومن خصائص التشريع الاسلامي في تجريم التعدى على خصوصيات الانسان أنه لم يشترط لتأثيم الفعل الضار بها أهلية، ومن ثم يمكن حصول التعدى من الصغير وناقصي الأهلية ، بل ومعدوميها احيانا ، يدل على ذلك قول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم من بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم " (٣) ، ووجه الدلالة في هذا القول الكريم ان الله

---

(١) راجع سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ١١٥ ، وقد جاء فيه : ان الحريم اذا كن في الدار مستترات أو في بيت من بيوتها . ففي وجه لا يجوز قصد عينه ، والأظهر الجواز لاطلاق الأخبار .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) سورة النور آية ٥٨ .

تعالى ، قد نهى المؤمنين عن تمكين القصر ممن لم يبلغوا الحلم من الاطلاع على بيوتهم في أوقات معينة حددتها الآية الكريمة ، ويغلب فيها تبذل الانسان في بيته بما قد يكشف عن عورته ، ومن ثم فقد كشفت الآية الكريمة عن أن الخطر على خصوصيات الانسان يمكن أن يأتي من مسلك أولئك الذين لم يكلفوا أمام الله بعد ، ولذلك وجه الله الخطاب الى المؤمنين ليحجبوا خصوصيات حياتهم عن غير المكلفين من الصبية الذين لم يبلغوا ، ويمكن أن يلحق بهم المجنون والمعتوه اذا كان من الممكن أن يصف ما رأى ، لأن كشف سر الخصوصية وهتك حجابها لا يحتاج الى مكلف ، فقد ينقل طفل صغير اخطر اسرار البيوت ، بل قد يحكي مجنون أو معتوه أو ذو غفلة ما وقع نظره عليه دون قصد ليصل الى سمع غيره ممن له قصد فيستغله ضد المعتدى عليه أسوأ استغلال ، وبهذا يكون التشريع الاسلامي قد حمى خصوصيات الانسان بابلغ اسلوب وآكد طريق ، وبما يجعله في هذا المجال على درجة من الرقي تفوق ما عليه التشريعات الوضعية في هذا الخصوص .

• •

القســم الثــاني

مدى ضمان الضـرر الأدبى في الفقهين الاسلامي والوضعـى

٣٣٢ - نتناول في هذه القسم دراسة المسائل المتعلقة بضمان الضرر الأدبى من ناحية جوازه أو عدم جوازه ، مع بيان الرأى الراجح ، ثم بيان كيفية التعويض عن الضرر الأدبى ومدى انتقال هذا التعويض الى الورثة وذلك من خلال بابين :

الباب الأول :

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبى ومشروعيته .

الباب الثاني :

كيفية ضمان الضرر الأدبى ، ونطاقه .

..

الباب الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته

وفيه فصلان :

الفصل الأول :

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ، ومشروعيته في ظل النظم المعاصرة .

الفصل الثاني :

مدى مشروعية ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .

..

الفصل الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته في ظل النظم الوضعية المعاصرة

-

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي .

المبحث الثاني : ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة .

(المبحث الأول)

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي في النظم الوضعية

٣٣٣ — يبدو من خلال الوقوف على ما أثر من فقه الشرائع القديمة الأولية . ان الفعل الضار - سواء كان ضرره ماديا أم أدبيا - كان يستتبع رد فعل مماثل له ، فكان من حق المضرور ان يثأر لنفسه ، وأن يلحق الأذى بمن أضره ، وفي البدء لم يكن لحق الثأر حدود حيث كان المضرور يندفع في استعمال هذا الحق حسبما تمليه عليه غريزته الجامحة وكان هذا الاندفاع يستثير عشيرة الجاني ، فيتبادل الفريقان ايقاع الأذى ببعضهما زمنا طويلا ربما شمل عدة أجيال ولا يضع حدا لذلك سوى تدخل طرف ثالث ، كأن تحاول احدى العشائر الأخرى فرض تحكيمها على الطرفين المتخاصمين أو بتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما ، وفي البدء كان السحرة هم الذين يملكون مثل هذا النفوذ ، ثم شاركهم فيه بعد ذلك الملوك ، فرأت السلطة المركزية ، منذ ان اشتد ساعدها ضرورة تحديد حق الثأر منعا من الاسراف فيه ، وما يؤدى اليه هذا الاسراف من اثارة الحفائظ واستحكام العداء واضطراب الأمن وفقدان الطمأنينة ، فنظمت القصاص ، وأجازت للمضرور أن يحدث بمن أضره مثل الأذى الذى أصابه ، والزمته في هذا الحد بعدم تجاوز الأحكام التى تستفاد من تقرير القصاص . (١)

وقد رؤى في مرحلة تالية أن يستعاض عن القصاص بالدية ، وبدأت الدية اختيارية يتفق الطرفان المتخاصمان على تحديدها ، ثم صارت اجبارية ومحددة القيمة سلفا في كل حالة بحكم العرف أو القوانين (٢) ، غير أن بعض الجرائم الخاصة كجرائم الاعتداء على الشرف لم تخضع لأحكام الدية الاجبارية المسعرة ، وظل فيها حق المجني عليه كاملا في الأخذ بالثأر ، وهذا ما يفسر استمرار المبارزة

---

(١) د . سليمان مرقس - الوافي - ٢ - المجلد الثاني - ص ٨٨ - طبعة ١٩٨٨ . والوسيط - للسنهوري - ج ١ - ص ٧٦٢ - فقرة ٥١٦ وما بعدها .

(٢) المرجع نفسه - ص ٨٩ .

معمولا بها حتى في بعض المراحل الحديثة لتطور القانون (١) .

٣٣٤ — ولما ظهر للمجتمع أن بعض الجرائم لا يقتصر ضررها على الأفراد بل يجاوزهم اليه ، رأت السلطة المركزية ان من واجبها ألا تقتصر على التدخل في المنازعات الخاصة لفرض الدية على الجاني لمصلحة المجنى عليه ، وان تعتبر نفسها صاحبة حق في مجازاة من يرتكب جرما يضر بالمجتمع ، ومن هنا نشأ حق الدولة في توقيع عقوبة على الجاني في بعض الأحوال باسم المجتمع كله ، واقتصر ذلك في أول الأمر على الأحوال التى كان يقع فيها اعتداء مباشر على كيان الدولة ، ونظامها أو أمنها ، ثم تبينت الدولة أن بعض الجرائم التى تقع على الأفراد مباشرة تمس الدولة ذاتها بصفة غير مباشرة أى من طريق الاخلال بالأمن فيها ، فمدت حقها في العقاب الى هذه الجرائم أيضا ، واقتصرت في ذلك أول الأمر على الجرائم الأكثر خطورة ، كالقتل والسرقة ثم توسعت فيه تدريجيا (٢) .

وقد ترتب على ذلك أن صارت الجرائم أو الأفعال الضارة نوعين ، أولهما : جرائم خاصة لا تملك الدولة فيها حق العقاب ، بل تقتصر فيها وظيفتها على فرض الدية المحددة على الجاني حسما للمنازعات ، وثانيهما : جرائم عامة تملك الدولة فيها فوق ذلك حق توقيع عقوبة باسم المجتمع ، ثم أدى ثبوت حق المجتمع في ايقاع العقوبة الى تعديل في النظر الى حق المضرور في الدية ، فغلب النظر الى هذا الحق الأخير باعتباره ترضية وتعويضا للمضرور أكثر منه عقابا للمتسبب في الضرر ، ومن ثم نشأ حق التعويض على انقاض حق الثأر ، وهكذا نشأت المسئولية المدنية في أحضان المسئولية الجنائية ، فلا عجب اذا انطبعت بطابعها ، وتأثرت بأحكامها .

ويمكن اجمال ما اتصفت به كلتا المسئوليتين في تلك العصور فيما يلى :

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع والمكان السابقان . والوسيط ـ للسنهورى ـ المكان السابق .

أولا : تأسيس المسئولية ، مدنية كانت أم جنائية على مجرد احداث الضرر بالغير ، دون التفات الى نية الفاعل أو الى مسئوليته الأدبية .

ثانيا : حصر أنواع الجرائم المدنية والجنائية وتعيين جزاء كل منها ، بحيث لا يستوجب الفعل الضار مسئولية صاحبه ، الا اذا كون جريمة من الجرائم المنصوص عليها (١)

٣٢٥— وفي القانون الروماني :

وقد مرت المسئولية في القانون الروماني بعدة مراحل انطبعت بطابع التمييز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة ، وقد نص قانون الألواح الأثنا عشر على عد بعض الجرائم التي تقع على الأفراد جرائم عامة ، نظرا لما تحدثه بسبب خطورتها من اخلال بالأمن كجريمة القتل ، ومنذ ذلك الوقت أخذت دائرة الجرائم العامة تتسع تدريجيا ، وترتب على ذلك اضطراد التوسع في حق الدولة في العقاب الى جانب حق المجنى عليه في الثأر أو الدية (٢) .

وقد تضمن قانون الألواح الاثنى عشر بيان بعض جرائم تعتبر الدية فيه اختيارية ، وبعض آخر تعتبر الدية فيه اجبارية ، فدل بذلك على أنه وضع في فترة الانتقال من الدية الاختيارية الى نظام الدية الاجبارية (٣)، فيران الدية في كلتا الحالتين لم تتغير صفتها باعتبارها

---

(١) المرجع نفسه - ص ٩٠ - ومحاضرات في المسئولية المدنية - ص ١٧ ، د . عبد السلام الترمانيني - محاضرات في القانون الروماني - ص ٢٣٦ - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ١٩٦٤م ، والسنهوري - الوسيط - جـ ١ - فقرة ٥١٧ .

(٢) د . عبدالمنعم بدر ، و د . عبدالمنعم البدراوى - شرح القانون الروماني - فقرة ٥٥٦ - طبعة ١٩٥٤ .

(٣) Girard (f) ;Manuel élémentairede Droit Romain : Septiéme Edition, Paris 1924 , P. 417.

عقوبة خاصة حلت محل الحق في الثأر ، ولم تصل بعد الى اعتبارهـــا تعويضا ،أى حقا ماليا ، وكان من آثار ذلك ان الحق فيها كان ينقضـي بموت الجاني ، ولم يكن يجوز مطالبة ورثته بها (١) .

ثم نص بعد ذلك قانون أكيليا Aquilia (الصادر سنـــة ٢٨٧ ق٠م ، وسنة ٤٦٧ من تـأسيس روما) على بعض أنواع أخرى من الجرائم منها جريمة قتل الرقيق أو قتل الماشية ، ومنها : جرائم جـــرح الرقيق أو الماشية ، وبعض حالات اهلاك أو اتلاف الأشياء الماديـــة الأخرى ، وجعل جزاء هذه الجرائم ، غرامة خاصة يتقاضاها المجـــني عليه ، وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق أو الماشية التي اهلكت في خـــلال السنة الأخيرة أو بأعلى قيمة بلغها ما اتلف من أشياء أخرى في خـــلال الثلاثين يوما الأخيرة ، على أن تضاعف هذه القيمة اذا أنكر الجانـــي جريمته ، ثم ثبتت عليه (٢) ، وظاهر أن هذه الغرامة كان لها صفـــة العقوبة الخاصة (٣) ، اذ لم تكن تقدر بقدر الضرر الحقيقي بل بقـــدر أعلى قيمة بلغها المال التالف قبل ذلك خلال مدة معينة ، وكانـــت تضاعف في حالة الأنكار ، وكان المجني عليه يملك للمطالبة بهـــذه الغرامة دعوى خاصة نص عليها القانون هى : L'actio Leqis Aquilia ، وكانت هذه الدعوى مقيدة بشروط كثيرة تضيق من نطاق تطبيق هذا القانون منها :

---

(١) د . عبدالمنعم بدر ، والبدراوى - المرجع السابق- فقرة ٦٥٧ ، د . شفيق شحاته - نظرية الالتزامات في القانون الرومانـــي - ص ١٥ - طبعة ١٩٦٣ - المطبعة العالمية بالقاهرة ، د . محمود سلام زناتي - نظم القانون الروماني - ص ٢٩٧ - دارالنهضة العربية - القاهرة ١٩٦٦م .

(٢) د . عبدالمنعم بدر ، والبدراوى - المرجع نفسه - فقرة ٥٧٨ ، د . عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - ص ٤٢ - الطبعة السادسة ١٩٦٧م - دار المعارف بمصر .

(٣) Giffard : Droit Romain et Ancien Droit français les oblieations , 3émeed par Robert Villevs precis, Dalloz , 1970, No, 320, P. 227 et suiv.

١ — أن يكون قد وقع مساس مادى على مال الغير بغير حق .

٢ — وأن يكون هذا المساس من طريق عمل ايجابى وليس عن طريق مجرد امتناع .

٣ — وأن يحدث هذا المساس بفعل مادى من الجاني يقع مباشرة على مال الغير ،أى أن يقع من طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذى اتلف مباشرة فلا ينطبق ذلك مثلا على من يحدث صوتا مزعجا بالقرب من ماشية الغير على حافة نهر ، فيسبب انزعاجها واندفاعها الى النهر وهلاكها فيه .

٤ — وأن يكون المجنى عليه مالكا الشيء الذى اتلف ، وأن يكون رومانيا غير اجنبى ، فلا ينطبق ذلك على صاحب حق الانتفاع بالشيء الذى اتلف ولا على مستأجره أو معيره (١) .

كما كان من المقرر مع ذلك أن هذا القانون لا يسرى على اتلاف العقارات . وقد خفف البريتور والفقهاء فيما بعد من هذه الشروط رغبة في تخويل المجنى عليه الحق في الغرامة الخاصة في حالات لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط ، ففي حالة جرح الرجل الحر ، لم يكن هذا يملك دعوى قانون اكيليا ، لأن هذه الدعوى كانت مقررة لحالة جرح الرقيق فقط ، فخول البريتور الرجل الحر ، الذى يصاب بجرح ، حق المطالبة بالغرامة عن طريق هذه الدعوى ، وخول المجنى عليه مثل هذه الدعوى أيضا في حالة المساس غير المباشر بمال الغير أو بالرقيق المملوك للغير ،أى أنه لم يشترط في هذه الدعوى توافر

---

(١) د . عبدالمنعم بدر والبدراوى - المرجع السابق- فقرة ٥٧٧، د . محمد ابراهيم الدسوقي - المسئولية المدنية بين الاطلاق والتقييد - فقرة ١٧ - ص ١٦ وما بعدها - دار النهضة العربية ، والوسيط للسنهورى - المكان السابق .
وراجع : Gomma (Nooman): Théorie des sources de lóbligation thése, Paris, 1960. L.G.D.J.1968 P. 131 No:123. ets.
وراجع :د .جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٥٩- هامش ١ .

اتصال مادى مباشر بين الجاني والمال الذى أتلفه ، بل اكتفى بمجرد التسبب في التلف دون اتصال مادى ، كما استعمل الحيلة في افتراض غير المالك مالكا وغير الروماني رومانيا ، وخولهما الدعوى على أساس هذا الافتراض ، وتوسع الفقهاء في تفسير النص الخاص بحالات الاتلاف سابقة الذكر ، وطبقوه على كل حالات الاتلاف الأخرى ، وبذلك أصبح المساس بمال الغير ، أو التعدى الذى يخول حق المطالبة بتوقيع العقوبة الخاصة يشمل كل مساس بمال الغير أو بشخص الغير .

وفيما يتعلق بتقدير الغرامة لم يقف الفقهاء عند حد المساس أو التلف المادى الذى أصاب الشيء ، بل نظروا الى الضرر الذى عاد على مالكه ، فمثلا اذا قتل عبد كان قد عين وارثا لشخص غير مالكه ، وحدث القتل قبل قبول العبد التركة ، فالعبرة ليست بثمن العبد القتيل فحسب ، بل أيضا بقيمة ما ضاع على مالكه من ميراث بسبب هذا القتل ، ولكنهم من جهة أخرى لم يكتفوا في تحقيق المسئولية بمجرد حصول المساس المادى ، بل اشترطوا أن ينشأ عن هذا المساس ضرر، وقالوا : ان من يقطع حاصلات غيره بعد نضجها ، لا تتحقق مسئوليته برغم مساسه المادى بمال غيره ، لأن هذا المساس لا يترتب عليه ضرر للمالك ، اذ ان فصل المحصولات الناضجة عن الأرض لا ضرر منه (١) .

غير أنهم وقفوا عند هذا الحد ، ولم يصلوا الى تعميم القول بأن كل فعل احدث ضررا بالغير يوجب مسئولية فاعله ، سواء أكان الفعل مباشرة أم تسببا وسواء اكانت نتيجته ضررا أو مساسا ماديا بحق الغير (٢) .

.. وقد حاول الفقهاء أن يسدوا هذا النقص من طرق أخرى ، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش Actio doli ، وهي دعوى احتياطية لالزام من ارتكب خطأ تدليسيا dolus في بعض الأحوال

(١) المرجع السابق ـ فقرة ٥٨١ ، د . محمود سلام زناتي ـ السابق ـ ص ٣٠٥ .

(٢) د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ٩٣ ، والمراجع المشار اليها فيه .

بقيمة ما سببه من ضرر للغير بخطئه ، ولكنهم لم يجعلوا من ذلك مبدأ عاما كما في القانون الحديث غير ان النصوص تعددت عندهم حتى صارت تشمل ليس اغلب الأحوال التي يقع فيها ضرر مادى فحسب ،بل أيضا الكثير من أحوال الضرر الأدبى (١) .

ويستبين من ذلك ان القانون الرومانى لم يقرر مبادىء عامة للمسئولية ، وانما عرف حلولا جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن ، ولكن لم تنتظمها قاعدة عامة قط ، كما يستبين أيضا أن المسئولية كانت تقوم في الأصل على أساس التعدى المادى وما ينشأ عنه من ضرر ، ولم يكن يشترط في قيامها ارتكاب الجانى أى خطأ ، لأن دعوى المسئولية حلت محل الحق في الثأر ، وهذا لم يكن ينظر فيه الى مسلك الجانى واعتباره خطأ أو غير خطأ ، وغاية الأمر ان الرومان سرعان ما أدركوا أنه لا محل للثأر من الصغير غير المميز ولا من المجنون لأن فعلهما لا يختلف عن فعل الحيوان فاشترطوا في مسئولية الجانى أن يكون مميزا ولم يقصدوا بذلك مطلقا أول الأمر أن لا تقوم المسئولية الا جزاء مسلك خاطىء ، ولم تظهر فكرة الخطأ عندهم كشرط لقيام المسئولية الا في أواخر عهد الجمهورية ، وتحت تأثير الفلسفة اليونانية ، ثم اشترطوا في تطبيق قانون اكيليا ،أن يكون في مسلك الجانى الذى وقع منه التعدى خطأ ، واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ منه in lege Aquilia et Levissima Culpa Venit . وانتهى الأمر ان صار لفظ injuria مراد فالمعنى الخطأ Culpa وهذا بخلاف دعوى الغش التى كان قوامها الخطأ والتدليس .

.. غير أن فكرة الخطأ هذه لم تحدد ولم توضح معالمها وقد لازمها هذا الابهام في مختلف العصور حتى الآن (٢) .

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٩٤ ، ومحاضرات في المسئولية المدنية ـ فقرة ٢ ـ ص ١١ ، وحسين عامر ـ المسئولية المدنية ـ فقرة ١٦٧ ـ ومحمد نصر رفاعى ـ الضرر كأساس للمسئولية المدنية ـ فقرة ٦ ـ ص ٢١ ـ والوسيط للسنهورى ـ المكان السابق ، وجميل الشرقاوى ـ السابق .

(٢) د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٩٥ ، والمراجع المشار اليها فيه . د . عبدالعزيز فهمي باشا ـ قواعد وآثار فقهية

وقد وصل القانون الروماني في أواخر عهده الى اعتبار الضرر الأدبي كافيا في جميع الأحوال لوجوب التعويض (١) ، كما كان يقر أحوالا كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبى في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية (٢) .

٣٣٦ — ضمان الضرر الأدبى في القانون الفرنسى القديم :

بدأت المسئولية في القانون الفرنسى القديم ، كما بدأت في القانون الروماني ، أى باعتبارها بديلا من حق الثأر ، وبالتالى ذات صبغة جنائية تخول المجنى عليه مطالبة الجاني بغرامة محددة ، سواء كان ذلك في الجرائم الخاصة أو في الجرائم العامة .

ومنذ أوائل القرن الثالث عشر بدأ القانون الفرنسى يميز بين الجرائم التي تقع على الأموال واعتبر حق المجنى عليه في هذا النوع الأخير من الجرائم حقا مدنيا يخوله التعويض عما أصابه من ضرر .

أما في جرائم الأشخاص فقد اعتبر حق المجنى عليه حقا ذا صبغة جنائية يقصد به توقيع عقوبة على الجانى أو الزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيرا مدنيا . réparation civile

وكانت قواعد التكفير المدنى تدل على صبغته الجنائية حيث كان حق المطالبة به ينتقل بعد المجنى عليه لا الى ورثته بل الى أولياء الدم ، وكان ذلك بدء تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ،

— رومانية — نقلها الى العربية — فقرة ٤١ — مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٤٧م ، محمود سلام زناتى — نظم القانون الروماني — ص ٣٠٩ ، د . عمر ممدوح مصطفى — القانون الروماني — ص ٤٤٩ وما بعدها ، د . صوفى أبو طالب — تاريخ النظم القانونية والاجتماعية — ص ٤٤٠ — دار النهضة العربية ١٩٧٥م .

(١) د . سليمان مرقس — المرجع نفسه — ص ١٥٧ .

(٢) الوسيط — للسنهورى — جـ ١ — ص ٨٦٥ .

وقد ساعد ذلك فقهاء القانون الفرنسي القديم على الفصل بين الجرائم ذات الجزاء الجنائي والمدني معا ، والأخرى التي لا تستتبع الا جزاء مدنيا فقط هو تعويض الضرر ، كما ساعد على الكشف عن أساس مشترك بين جرائم هذا النوع الأخير هو الاهمال أو عدم التبصر ، فظهرت بذلك فكرة الخطأ باعتبارها أساسا للمسئولية في الأفعال الضارة بالأموال (١) .

وقد برز استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية وتأسيسها بوجه عام على خطأ المسئول في مؤلفات الفقيه الكبير دوما Domat عن القوانين المدنية Les lois civiles . حيث تكلم عن الأضرار التي تنشأ من أفعال لا تكون جنائيه أو جنحه ، ويبدو من خلال ما كتبه أنه قد خصصه لدراسة المسئولية المدنية . وكان مما تحدث عنه الاضرار التي تحدث نتيجة خطأ أيا كان (٢) ، حيث يظهر انه قد استولت عليه فكرة الخطأ التي كانت قد ظهرت من قبله باعتبارها أساسا للمسئولية في الأفعال الضارة بالأموال فعممها حتى أمكنه أن يصوغ منها مبدأ عاما يجعل المرء ملزما بتعويض ما يسببه بخطئه من أضرار للغير حيث قال : ان ما يحدث من ضرر بفعل أى شخص سواء صدر منه نتيجة جهل أو طيش أو عدم تحوط ، أو أى خطأ مهما كان يسيرا فانه يلتزم بتعويضها من تسبب في حدوثها بعدم تبصرة أو بأى خطأ آخر (٣) .

---

(١) المرجع السابق - ص ١٠٦ .

(٢) Domat : lec lois civiles dans leurs ordre naturel liver 2 , Titre 8, section 4 , Paris, 1777.
وراجع : د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٤٦٠ .

(٣) Domat . Opcit .
وراجع :
Colin (A) et capitant (H): cours elementaire de droit civil français , T.2, No. 1286 , Paris, 1959.

.. وقد حذا الفقيه الفرنسي بوتييه حذو دوما ، ففرق بين الجنح المدنية وأشباه الجنح باعتبارها مصادر للالتزامات ، ثم عرض للمسئولية المدنية عن فعل الغير في كتاب الوكالة بمناسبة التزام المتبوعين والسادة والآباء (١) .

٣٣٧ — وهكذا تم في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . وأصبح لها كيان مستقل ، حيث تقرر في شأنها مبدأ عام يغني عن النص على مختلف الحالات . وصار يكفي لتحققها ارتكاب أي خطأ يسبب ضررا للغير ولا مسئولية بدون خطأ ولذلك فانه اذا نشأ أى ضرر غير متوقع عن فعل برئ ، لا يمكن نسبة خطأ الى فاعله ، فان الفاعل لا يكون مسئولا عنه (٢) .

وهكذا كانت المسئولية المدنية في أواخر القرن الثامن عشر أى قبيل الثورة الصناعية وحركة التقنين الكبرى قد تقررت في شأنها قاعدة عامة ، واعتبر الخطأ أساسا لها لا تقوم بدونه ، كما تقرر الى جانب ذلك جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة ، ومساءلته عن الأضرار التى تقع بفعل حيواناته ،أو تنشأ عن سقوط عماراته (٣) ، ومع ذلك فلم يرد في التقنين الفرنسى القديم تنظيما واضحا لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبى ، وان كان التعويض عن هذا النوع من الضرر أمرا جائزا (٤) .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٠٧ .

(٢) راجع في هذا المعنى : Mazead(H & L) et Chabas : Lecons de droit civil , T. 2, 1 er, volum , No. 37, 6 em edition. 1978.

(٣) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٠٨ .

(٤) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٥ ، وقارن الوسيط ـ للسنهورى ـ ص ٨٦٥ حيث يقرر : ان التعويض عن الضرر الأدبى في ظل القانون الفرنسى القديم كان مقصورا على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، توهما ان هذا هو حكم القانون الروماني .

٣٣٨ — في التقنين الفرنسي :

حرص واضعوا التقنين على تحديد ضوابط المسئولية المدنية كما وردت في كتابات دوما وبوتييه ، وقد صاغت المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي) القاعدة العامة التي تنص على ان كل فعل أيا كان يقع من الانسان، ويحدث ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر ، وكان دوما قد نص على ذلك من قبل ، ثم بدا لهم أن يحذوا حذو بوتييه في التفرقة بين الجنحة وشبه الجنحة ، فنصوا على جرائم الاهمال أو اشباه الجنح في المادة (١٣٨٣ مدني فرنسي) حيث قرروا : ان المرء لا يسأل عن الضرر الذى سببه بفعله فحسب ، بل يسأل أيضا عما سببه باهماله أو بعدم تبصره (١) ، وقد جاءت الأعمال التحضيرية زاخرة بما يدل على قصد واضعي هذين النصين تقرير قاعدة عامة تلزم كل من سبب بخطئه ضررا للغير ، وتحول دون مساءلة من لم يرتكب أى خطأ (٢) ، وقد اشترطت المادتان المشار اليهما لتحقيق مساءلة الشخص مدنيا أن تتوافر أركان ثلاثة هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما ، وكان لا بد للمضرور ، وهو المدعي في دعوى المسئولية المدنية ، من اقامة الدليل على هذه الأركان الثلاثة حتى تثبت دعواه ويحكم له بالتعويض ، وقد وجدت حالات اعفاء معينة للمضرور من عبء اثبات خطأ الفاعل ، نص عليها القانون الفرنسي في المواد ١٣٨٤ الى ١٣٨٦ مدني فرنسي ، وهي حالات مسئولية الآباء والأمهات والمربين عن أفعال أولادهم أو تلامذتهم ، ومسئولية المخدومين عن أفعال خدمهم وتابعيهم ، ومسئولية مالك الحيوان أو من يستخدمه عن أفعال حيوانه ، ومسئولية مالك البناء عن انهدام البناء متى كان ذلك راجعا الى وجود عيب في تشييده أو نقص في صيانته ، ويترتب على هذا الاعفاء قيام المسئولية ابتداء في الحالات المشار اليها دون حاجة بالمضرور الى اقامة الدليل على وقوع خطأ من المسئول (٣) .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ المرجع والمكان السابقان .

(٢) Mazead , Opcit , No. 35 et 36 .

(٣) Mazead , Opcit .
والوسيط للسنهوري ـ جـ ١ فقرة ٥١٩ .

٣٣٩ - تطور أحكام المسئولية المدنية :

وقد تطورت أحكام المسئولية المدنية منذ وضع التقنين الفرنسي وبخاصة منذ الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، على نحو يستوعب ما جد في الحياة من قضايا المسئولية التى أخذت تتلاحق ، ويتضاعف عددها أضعافا في سرعة فائقة ، تقتحم كل يوم ميدانا جديدا ، وتستحدث في كل ميدان ألوانا من المشاكل لم تعرض من قبل ، وزاد البحث والجدل حول موضوعات المسئولية المدنية ، فأصبحت هذه الموضوعات في أقل من نصف قرن في طليعة المسائل التى تشغل المحاكم ، وتملأ مجموعات الأحكام ومنها على سبيل التأكيد الضرر الأدبى ومدى امكانية التعويض عنه.

وترجع هذه الأهمية التى بلغتها موضوعات المسئولية المدنية ،الى عدة أسباب منها النهضة الصناعية الكبرى ، وظهور وسائل النقل الحديثة من قاطرات وسيارات وطائرات ، وشيوع استعمال الآلات الميكانيكية والكهربائية في جميع نواحى النشاط الانسانى ، وانتاج وتوزيع الأجهزة والمنتجات القابلة للانفجار، وما صاحب ذلك من ازدياد عدد الحوادث الضارة ، والأسباب التى تقتضى قيام المسئولية (١) .

كما كان لظهور الأفكار الوضعية أكبر الأثر في قيام المسئولية على أساس الضرر وأن تقدر بقدره ، دون حاجة الى أن يكون المسئول قد ارتكب خطأ (٢) ، وهكذا تطورت أحكام المسئولية المدنية في الفقه الفرنسى ، حتى وصلت الى ما هى عليه الآن مما يشمل التعويض عن الضررين المادى والأدبى .

---

(١) Viney (G) : Traité de Droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Les obligations, T. 4, No. 17, P. 18, 19, la responsabilite: conditions 1982, et I. V. La responsabilités effets, 1988.

(٢) V iney, Opcit , P.23. Mazead, Opcit , No 64 : 66. Esmein. Cours de droit civil Approfondi, deplomed, études supérieures droit prive, Paris. 1949- 1950, P. 15. et s .
وراجع : حسين عامر - المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية - فقرة ١٧٠ ص ١٥ - الطبعة الاولى ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٦م- مطبعة مصر .

٣٤٠ — وفي القانون المدنى المصرى :

وبعد أن تبلورت فكرة المسئولية كمبدأ عام في نصوص القانون المدنى الفرنسى بصفة ثابتة ومستقرة انتقلت الى التقنين المدنى المصرى المختلط عام ١٨٧٥ في أربع مواد من ٢١٢ الى ٢١٥ ، حيث وضع القاعدة العامة بقوله في المادة ٢١٢ : " ان كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لسبب آخر ، وفي المادة ٢١٣ : تكلم عن مسئولية الانسان عمن هم تحت رقابته ، وفي المادة ٢١٤ تكلم عن مسئولية المخدوم عن أفعال خدمه ، وفي المادة (٢١٥) تكلم عن مسئولية مالك الحيوان (١) .

وقد نقل التقنين الأهلى عام ١٨٨٣ أحكام المسئولية المدنية عن التقنين الفرنسى ، ولم يخرج عما ذهب اليه التقنين المختلط سوى انه اختصر المواد الأربع المتعلقة بالمسئولية المدنية وقننها في ثلاث مواد من ١٥١ الى ١٥٣ (٢) .

وقد ذهب الفقه الى القول : بأن خلو القانون المدنى القديم من اشتراط الخطأ لم يكن مثار خلاف ، اذ رجع الفقه والقضاء في اعتبار الخطأ أساسا للمسئولية المدنية الى النص الفرنسى الذى أخذت

---

(١) مصطفى مرعى — المسئولية المدنية في القانون المصرى — الطبعة الأولى ١٩٣٦ — فقرة ٢١٧ — ص ٢٠٧ — مطبعة نورى بالقاهرة ، والوسيط — للسنهورى — جـ ٢ — فقرة ٥٢١ — ص ١٠٧٣ الطبعة الثالثة ١٩٨١ — دار النهضة العربية .

(٢) د . سليمان مرقس — محاضرات في المسئولية المدنية — القسم الأول — فقرة ١٨ — طبعة ١٩٥٨ — معهد الدراسات العربية بالقاهرة ، د . محمد حسين الشامى — ركن الخطأ في المسئولية المدنية — ص ٣٦ — دار النهضة العربية — ١٩٩٠ .

عنه تلك المادة (١) ، وقد الغى هذا القانون ، وحل محله القانون المدنى المصرى الجديد الذى بدأ العمل به في اكتوبر سنة ١٩٤٩ والذى توسع في تنظيم المسئولية المدنية ، فلم يقنع بالاقتباس من القانون الفرنسى ، بل لجأ الى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتينى أو الجرمانى أو الفقه الاسلامى ، وأخذ من كل منها بما يوائمه ويتفق مع البنية المصرية ، ويطابق أحكام القضاء المصرى في حدود الأحكام الشرعية (٢) ، وقد حظيت المسئولية المدنية فيه بما تستحقه من عناية تتناسب وما بلغته من أهمية في الوقت الحاضر فأفرد لها الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام وتناولها في ست عشرة مادة (من ١٦٣ - ١٧٨) بدلا من ثلاث مواد في التقنين القديم ، ووزع هذه المواد بين ثلاثة فروع ، نص في أولها على القواعد العامة للمسئولية المدنية بمناسبة مسئولية المرء عن فعله الشخصى (المواد من ١٦٣ الى ١٧٢) . وقد عالج في هذا الفرع أركان المسئولية بوجه عام ثم بين أحكامها ، وفي الفرع الثانى نص على مسئولية المرء عمن يخضعون تحت رقابته في المادة ١٧٣ ، وفي المادة ١٧٤ تحدث عن مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، وفي المادة ١٧٥ تكلم عن حق المسئول عن غيره في الرجوع على ذلك الغير .

وفي الفرع الثالث تناول المشرع في المادة ١٧٦ ، مسئولية حارس الحيوان وقرر في المادة ١٧٧ مسئولية حارس البناء ، وفي المادة ١٧٨ مسئولية حارس الأشياء .

---

(١) د . محمد حسين الشامي ـ المرجع نفسه ص ٣٧ ، د . محمد لبيب شنب ـ المسئولية عن الأشياء ـ دراسة مقارنة في القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى ـ فقرة ٢١ ـ ص ٢٦ ـ ١٩٧٥ ـ مكتبة النهضة المصرية ، د . عبد السلام ذهنى ـ النظرية العامة للالتزامات ـ ص ٦٧٤ ـ مطبعة مصر ١٩٥٢ ـ د . محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ ص ٧٩ ـ مؤسسة الثقافة الجامعية ـ اسكندرية .

(٢) د . سليمان مرقس ـ الوافى ـ ٢ ـ الفعل الضار ـ ص ١٣٠ .

وتتميز هذه النصوص في مجملها بصياغة حديثة ودقيقة ، ومتكاملة على نحو يستوعب كل ما يتعلق بأحكام المسئولية عن الفعل الضار سواء كان ماديا أم أدبيا ، وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٢٢ من التقنين المدني المصري حيث جاء فيها : " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء " ، وقد جاء هذا النص القاضي بالتعويض عن الضرر الأدبي بعد أن أورد المشرع في المادة ١٦٣ ما يفيد تعويض الضرر ايا كان نوعه ، بحيث يعتبر نص المادة ١/٢٢٢ مفصلا لنوع الضرر الذي يجب تعويضه ومبينا بصفة خاصة لحالة التعويض عن الضرر الأدبي .

• •

(المبحث الثاني)

ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة

٣٤١ - كان وجوب التعويض عن الضرر الأدبي محل جدل كبير في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي ، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها :

أولا : ان المقصود بالتعويض يتمثل في جبر النقص الذى حصل في ثروة مالية بدلا من ذلك الذى نقص منها ، والضرر الأدبي ليس كذلك ، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية ، ومن ثم يكون وجوب التعويض فيه أمرا لا معنى له ، لأنه لا يمثل خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالى .

ثانيا : كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي لا يتواءم مع ما تقضى به مبادئ الأخلاق ، اذ كيف يستساغ أخذ مبلغ من النقود عن ضرر يصيب الشرف أو العاطفة أو الحنان ، إنه لمما يؤذى الحياء أن يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقده لولده أو أمه أو أخيه (١) ، وانه لمما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية ، فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها (٢) .

ثالثا : ثم ان تقويم الضرر الأدبي لا يمكن أن يكون الا تحكميا اذ من المستحيل أن نقدره بالمال ، وعندئذ يكون الخلاف كبيرا بين المحاكم في تقويمها لذلك الضرر (٣) ، كما أن تقدير الضرر الأدبي

---

(١) د . عبد الحي حجازى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤ ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما بعدها ، د . السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦ .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٦ .

(٣) د . عبدالحى حجازى - المرجع والمكان السابقان .

سوف يختلف باختلاف الأشخاص أيضا مع اختلاف المحاكم في تقديره ، ومن ثم فان تقديره سيكون تحكميا لا يمكن أن يحقق العدالة (١) .

وقد كان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه ، وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في وضع حد لهذا التمييز ، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يجر الى ضرر مادى ، ولا يعوض الا هذا الضرر المادى وحده (٢)، فهؤلاء اذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته ،كما ان منهم من كان يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يترتب على جريمة جنائية (٣) .

وبالنظر في أساس هذا التمييز نجد انه لا يقوم على سبب معقول أو معيار مستساغ ، كما ان منهم من يجيز التعويض في الضرر الأدبي الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه يجر في العادة الى ضرر مالى ، ولا يجيزه في الضرر الأدبي الذى يصيب العاطفة والشعور ، لأنه يتمحض ضررا أدبيا خالصا لا يمتزج به ضرر مادى (٤) .

كما كانت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنئذ من عدم صلاحية الضرر الأدبي للتعويض ، ومن هذا القبيل ما قضت به

---

(١) د . سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان ، والوسيط للسنهورى - المكان السابق ، مصطفى مرعى - المسئولية المدنية - ص ١١٩ ، والاستاذ حسين عامر - المسئولية المدنية - فقرة ٣٣٩ - الطبعة الأولى - مطبعة مصر ١٩٥٦م ، د . محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٤٦٥ .

(٢) السنهورى - الوسيط - جـ ١ ص ٨٦٦ .

(٣) Aubry et Reu : Droit civil Français, Tome. 6, No. 445, P.P. 345 : 348 éd. 1951, Paris.

(٤) السنهورى - الوسيط - المكان السابق .

بعض المحاكم المصرية من أن الضرر الأدبي لا يكفي لاجابة طلب المدعي التعويض ما دام المدعي لم يصبه أى ضرر مادي ، أو تأسيسا على أن الشرف لا يقوم بالمال (١) ، وكذلك الحزن والألم (٢) ، وان التعويض لا يستحق الا عن ضرر اختل به نظام حياة المضرور بسبب موت من ينفق عليه (٣) ، ومن أنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعدم سهولة تقويم هذا الضرر ، لأنه لا يصح أن يكون أساسا للاتجار المالي (٤) .

٣٤٢ — اجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي :

غير أن رأى الفقه قد اعتراه تغيير بشبه الاجماع على خلاف ما ذهب اليه رأى الفقه السالف ، وأصبح الأمر مستقرا على جواز التعويض

(١) راجع : حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماه ٨ - ٧٦٤ - ٤٦٥ ، واستئناف مصر في ١٩٢٧/٢/٢٥ ، المحاماه ٧ - ٨٧٣ - ٤٩٨ ، ١٩٢٨/٢/٧ ، المحاماة ٨ - ٨٦٦ - ٥٢١ .

(٢) استئناف مختلط في ١٩٢٦/١/٢٨م ، مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة - ٣٨ - ص ٢١٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥ .

(٤) حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٣١/١١/٢٦ ، المحاماة ١٢-٦٣١-٣١٥ - وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية في ١٩٣٢/١١/٢٢ بأنه : " اذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادى ، فان هيبتها أسمى من أن تعالج بالتعويض المدنى ، وكرامتها فوق الاعتبارات المالية ، لأن شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التى تحميها الدعوى العمومية ، وان مواد قانون العقوبات التى وضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كفيلة بابراز سطوة الحكومة وصيانة هيبتها ، مشار اليه في سليمان مرقس - السابق ص ١٥٦ وما بعدها - هامش (٢) ، وراجع : حكم محكمة استئناف أسيوط في ١٩٣١/١٢/١٢ ، المحاماه ١٢٠ رقم ٣٨٢ .

عن الضرر الأدبى ،واذا كان الفقه سلفا قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها ان جواز التعويض لا مبرر له ، فانه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق ، حيث استبان ان القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض ، وان تقدير التعويض فيه مستعصى ، قد بنى على لبس في فهم معنى التعويض ، اذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وازالته من الوجود ، والا فان آثار الضرر الأدبى لا تمحى ولا تزول بتعويض مادى (١) ،ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبى (٢) ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم الى جانبها كسب يعوض عنها ، وعلى هذا الأساس يمكن تعويض الضرر الأدبى (٣) ، فقد يكون صحيحا من الناحية النظرية أن يقال ان الضرر الأدبى لا يمكن اصلاحه بالنقود ، ولكن يمكن كذلك أن يقال : ان النقود اذا لم تستطع اصلاح كل الضرر فانها على الأقل تساعد على التخفيف منه (٤) ، أو هو على الأقل يشكل بديلا لارضاء المجنى عليه أو المضرور ، هذا فضلا عن أنه ينبغى أن يراعى أنه ليس من العدالة الايجازى المخطىء ، فالتعويض فى هذه الحالة يعتبر نوعا من العقوبة التى يحكم بها لصالح المضرور(٥) .

وبناء على ذلك ، فان من أصيب في شرفه واعتباره يجوز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وان مجرد الحكم على

---

(١) د . السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٧ ، د . عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٥٩١ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - الكتاب الأول - ص ٤٠٤ومابعدها هامش (٢) - طبعة ١٩٥٤م ، د . جميل الشرقاوى- مصادر الالتزام - ص ٤٨٥ .

(٢) د . أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع والمكان السابقان .

(٣) المرجع والمكان السابقان ، و د .عبدالحى حجازى - السابق - ص ٤٧٤ .

(٤) د . عبدالحى حجازى - المرجع والمكان السابقان .

(٥) د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٢٥٣ - طبعة ١٩٧٨م .

المسئول بتعويض ولو ضئيل ، كفيل برد اعتبار المضرور (١) ، وان من أصيب في عاطفته وشعوره اذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه ، والالم الذى يصيب الجسم ، يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه (٢) ، وأما تقدير مبلغ التعويض فانه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى ، وما على القاضى الا أن يقدر مبلغا يكفى عوضا عن الضرر الأدبى دون غلو في التقدير ولا اسراف (٣) ، أما عن امكان حصول تحكم من جانب المحاكم في تقدير التعويض عن الضرر الأدبى ، فثمة أمور كثيرة ، يكون مرجع الأمر فيها الى مجرد تقدير القاضي ، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء اليه في مثل هذه الأمور (٤) .

وقد انقضى هذا الخلاف من زمن ، وأصبح الاجماع منعقدا في الفقه وفي القضاء على ان الضرر الأدبى يستوجب التعويض كالضرر المادى (٥) ، وقد قررت محكمة النقض المصرية :" ان الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادى - مهما قيل عنه تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى - يساعد ولو بقدر على تخفيف ألم المضرور (٦) - وقد حكمت سائر المحاكم مرارا بالتعويض عن المساس بالشرف وبالتعويض من الالم النفسى الناشئ عن نقد عزيز (٧) ،

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٧ ، والأحكام القضائية المشار اليها فيه ، د . حشمت أبو ستيت - نفس المكان السابق ، د . عبدالمنعم الصده - المرجع والمكان السابقان ، د . جميل الشرقاوى - المرجع والمكان السابقان .

(٢) الوسيط للسنهورى - نفس المكان السابق .

(٣) الوسيط - نفس المكان ، وراجع :

(٤) د . عبدالحى حجازى - المرجع السابق - ص ٤٧٥ .

(٥) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ .

(٦) حكم محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م ، مشار اليه في سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ هامش (٧٦) .

(٧) نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - مجلة المحاماة ٣٢-٤-١٣٥-٤٢٤ .

غير أنها في هذا النوع الأخير من الضرر الأدبى ، قصرت التعويض على الأشخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعى وثيقة كالزوج والأب والأم والأولاد والأخوة ورفضت تعويض الصديق والخليلة ، بل جعلت التعويض مقصورا في حالة تعدد الأقارب الشرعيين على أقربهم درجة الى الفقيد كالأب والأم والأولاد (١) .

.. ويستفاد من قضاء المحاكم في هذا الشأن انها كانت تعتبر الأمر في صلة طالب التعويض بعزيزه الذى أفقده اياه الفعل الضار ، وفي كفايتها أو عدم كفايتها لاقامة وزن للألم الذى أصابه من فقد عزيزه ، أمرا متعلقا بالواقع ، ومتروكا تقديره للمحكمة بحسب ظروف كل حالة ، على أن المحاكم مع تسليمها بالتعويض عن الضرر الأدبى ، جرت في الغالب على التقتير ، في تقدير التعويض المالى عنه رغبة منها في قصر هذا التعويض في حدود معقوله حتى لا يكون الضرر الأدبى مصدر اثراء للمضرور (٢) .

٣٤٣ ـ الضرر الأدبى في التقنينات العربية الجديدة :

وقد جاءت نصوص التقنينات العربية الجديدة ترجمة لهذا الاتجاه الفقهي وتأكيدا له ، فنصت على وجوب تعويض الضرر الأدبى ، وكان أسبقها في هذا الصدد التقنين التونسى ، ثم التقنين المغربى حيث جعلا في المادتين ٨٢ ، ٨٣/٧٧ ، ٧٨ الضرر الأدبى على قدم المساواة مع الضرر المادى في ايجاب التعويض ، ثم تلاهما التقنين اللبنانى ، حيث نص في المادة ١٣٤ فقرة ثانية على أن الضرر الأدبى يعتد به كما يعتد بالضرر المادى ، ثم أضاف الى ذلك في الفقرة الثالثة أن القاضى يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار الى شأن المحبة اذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم . (٣)

(١) د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٨ .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، والوسيط للسنهورى ـ جـ١ ص ٨٦٨ والأحكام المشار اليها فيه .

(٣) د . سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية القسم الأول ـ ص ١٤٧ ـ طبعة ١٩٧١م .

وقد رأى المشرع المصرى عند تنقيح القانون المدنى أن يقنن أحكام المحاكم المصرية في هذا الشأن بعد تحديد قضائها وايضاحه، فنص في صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ على ان : " يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا .. "، فقرر بذلك المبدأ الذى استقرت عليه المحاكم من قبل ، بل وضع الضرر الأدبى من حيث ايجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادى ، وذلك سواء في المسئولية التقصيرية ، أم في المسئولية العقدية ، لأن هذا النص ورد في باب آثار الالتزام بوجه عام (١) .

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه اليه التقنين العراقي حين أورد

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : الوسيط للسنهورى - ج ١ - ص ٦٨٢ حيث يقول : " وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام وعن الضرر الأدبى في المسئولية العقدية بوجه خاص ، واذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبى في المسئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فان بعضا من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبى في المسئولية العقدية ، حيث كانت تقاليد القانون الفرنسى القديم لا تجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأى الكثرة من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون جوازه ،وفي القانون المدنى المصرى ، فان نص المادة ٢٢٢ مدنى ، صريح في جواز التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية .
ومن أحكام المحاكم في هذا الصدد ما يقضى بالتعويض عن الاخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية ،حكم محكمة باريس في ١٨٩٧/١٢/٢ : Dalloz , 1898 - 2 - 465
وعن ذكر صاحب المسرح اسم ممثلة كبيرة في الاعلانات بحروف صغيرة تقلل من مكانتها عندالجمهور، راجع : حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات - ص ٤٠٧ - طبعة ١٩٤٣م ،وعن اخلال العامل بعقد العمل على نحو يؤثر في هيبة صاحب العمل لدى العمال ، حكم محكمة تولوز في ١٨٨٩/٧/١٢ م : Dalloz , 1891 - 3 - 29 ،وسان تيان في ١٩٠١/٤/٢٦م Siary, 1904 - 2 -116.

ما يقابل هذا النص في المادة ٢٠٥ الواردة في باب الأعمال غير المشروعة ، ومن ثم ذهب الفقه الى أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية تأسيسا على ورود النص في باب الأعمال غير المشروعة ، واتجاه الفقه وقد بني على أساس ورود النص ضمن باب الأعمال غير المشروعة ، لا يمنع من وجوب التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسئولية العقدية أيضا ، اذا الاخلال بالالتزام الواجب أداؤه فيها لا يمكن النظر اليه على أنه من قبيل الأعمال المشروعة (١) .

وقد رأى المشرع المصري أن اطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي يجعله يشمل الضرر الأدبي الذى يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادى أو أدبى يقع على شخص معين ، كالحزن الذى يصيب أقارب القتيل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه وغيرهم ممن يشعرون معه بصلة المودة والألفة ، وانه يخشى من ذلك أن يحفز عددا كبيرا من أولئك الأقارب والأصدقاء الى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب

---

(١) في هذا المعنى : د . حسن الذنون - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - ص ٣١١ - فقرة ٢٦٧ - بغداد سنة ١٩٦٩م . وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٣٠٠ والتي أبدلت بالمادة ٢٣٨ ، ثم المادة ٢٢٢ مدنى مصرى : " يعتد في المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبى وفقا للأحكام التى تقدمت الاشارة اليها في المسئولية التقصيرية ، وغنى عن البيان أن تصور الضرر الأدبى أيسر في نطاق المسئولية التقصيرية منه في نطاق المسئولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفى امكان قيام المسئولية عن الضرر الأدبى في الالتزامات التعاقدية ، فمن ذلك مثلا امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة ، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٣ - ص ٥٦١ - ٥٦٨ .

الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ويبهظ ذلك ذمة المسئول وقد يسبب اعسارة ومزاحمة طالبي التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الأقربين اذ لا يحصلون من التعويض المستحق لهم الا على النذر اليسير (١) .

لذلك آثر المشرع المصرى في التقنين الحالى أن يحسم الأمر بنص قانونى يقصر حق طلب التعويض المالى عن الضرر الأدبى المرتد على فئات معينة من أقارب المجنى عليه الأصلى . فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ ذاتها : " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" (٢).

وقد نص على ذلك التقنين السورى في المادة ٢٢٣ منه، والتقنين الليبى في المادة ٢٢٥ منه وبذلك قيد المشرع المصرى والسورى والليبى المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد عليه وبين عزيزه الذى فقده ، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذى يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ما لم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية ،أى ان المشرع قصر سلسلة الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الألم الذى يصيبهم من

---

(١) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٤٨ ، والفعل الضار ـ السابق ص ١٦٠ .

(٢) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصرى تطبيقا لهذا النص ، راجع نقض مدنى مصرى في ١٩٦٦/٣/٢٢م ، مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٦٣٦ ـ ٨٨ ، ونقض مدنى في ١٩٧٥/١١/٤ م مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ١٣٥٩ - ٢٥٩ .

موت قريب لهم على الأولاد والأحفاد والآباء والأجداد ، والأمهات والجدات والاخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم (١) .

٣٤٤ — وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٢ - مدنى مصرى ما يأتى : " استقر الرأى في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد ، وقد عمدت بعض تقنينات قديمة كالتقنين الهولندى وغالبية ساحقة من التقنينات الحديثة الى اقرار هذا الحكم في نصوص التشريع ، وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسى الايطالى في المادة ٨٥ أمثلة تطبيقية في هذا الشأن من ذلك ما نص عليه من انه : " يجوز للقاضى بوجه خاص أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حريته الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه أو حرمة سر يحرص عليه ، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور " (٢) ، كما أن نصوص القانون الفرنسى الحديث في عمومها واطلاقها تسمح بالتعويض من الضرر الأدبى بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى (٣) ، وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده في أحكام كثيرة (٤) ، وعلى هذا

(١) السنهورى - الوسيط - ج ١ - فقره ٥٧٩ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - فقرة ٤٦٨ ، د . سليمان مرقس - المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية السابق - ص١٤١٩ ، د. جمال زكى السابق - فقرة ٢١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩١ .

(٣) السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦ .

(٤) راجع : حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٥/٦/١٨٣٣م .
Sirey, 1833-1-458
وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٥/١٠/١٩٢١م .
Dalloz, 1922-1-163.
وفي ٢٣/٦/١٩٣٨م
Gazette de palais,1937-1-399
وحكم محكمة ديجون الاستئنافية في ٢٥/٧/١٩٤٦م :
Gazette de palais, 1946-2-206.

المبدأ استقرت التقنينات الحديثة (١) . حتى انه ليندر ان نجد اليوم تشريعا يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الأدبى موقفا سلبيا ، فباستثناء الاتحاد السوفيتى والصين نجد باقى البلاد الاشتراكية تقر التعويض عن الضرر الأدبى ، بل ان بعض هذه الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الأدبى أمرا موافقا لمبادىء الاشتراكية (٢) .

وقد كان هناك رأى قديم في الفقه الفرنسي يرى ان الضرر الأدبى لا يصلح أن يكون محلا للتعويض بحجة أن قواعد المسئولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر وليس من المعقول أن يقوم الضرر الأدبى بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة ، ولكن ما ان قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدبى عام ١٨٦٣م ، حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه (٣) .

---

(١) مثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوى ، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الايطالى ، والمادة ١٣٤ من القانون اللبنانى ، والمادة ٣٤٨ مدني يمنى ، والمادة ١٦٦ من القانون البولونى ، راجع : السنهورى – السابق – ص ٨٦٩ هامش(١) .

(٢) Viney, Op.cit, P. 311.

وراجع د . سليمان مرقس – الوافي – الفعل الضار – ص ١٥٧ – هامش ٧٥ .

(٣) د . محمد ابراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر فقرة ٢٤٢ – ص ٤٦٥ ، والاستاذ مصطفى مرعى – المسئولية المدنية فقرة ١٢٤ ، والاستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٢٣٩ ، د . محمد حسين الشامى – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – فقرة ٢٥٢ .

الفصل الثاني

ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٤٥ - مسمى الضرر الأدبي كما سبق القول لم يكن معروفا لدى الفقهاء القدامى ، وانما برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة ، بعد استحداثه في التشريعات الوضعية ، منذ أن أقر مضمونه في التشريع والفقه والقضاء ، وأصبح وجوده ضرورة أملتها ظروف الحياة بعد تقدم المخترعات ، وما استلزم ذلك من تغير أنماط الحياة ، ونظام سلوكيات الناس فيها على نحو يجعل التعدي على الحقوق الأدبية التي يجب أن يتمتع بها الانسان في جسده وحياته وشرفه واعتباره ، وعواطفه ، أمرا واردا ، بل ان شئت فقل أنه كثير الورود ، وقد أدى ذلك بالضرورة وفي ظل البحث عن بدائل شرعية تحكم ما استجد في حياة الناس من سلوكيات تستوجب الضمان ، وتستلزم التعويض ، أن يعود المشتغلون بالدراسات الفقهية ، والمعنيون بالبحث الى مصادر التشريع الاسلامي ، بغية الوقوف على أصل يمكن أن تقوم عليه المسئولية عما يحدثه المسئول من ضرر أدبي ، والى ما تركه الفقهاء في كتبهم من أقوال ، وما أوردوه في مصنفاتهم الفقهية من أحكام متعددة لكثير من الحوادث الجزئية التي وقعت في مجتمعاتهم وهي كما يقول أحد المعاصرين من الفقهاء : " تشبه حوادث العصر الحالي ، لأن طبائع الناس متشابهة غالبا ، وصنوف الأذى والاعتداءات الصادرة منهم متقاربة ، والباعث عليها ، والهدف منها معروف ، والممتلكات المتداولة واحدة في الماضي والحاضر تقريبا ، فهي اما عقارات وأراض وأبنية ، وأشجار ، وثمار أو منقولات وسلع تجارية ، وأمتعة شخصية ووسائل ركوب ، وأدوات انتاج زراعي أو صناعي وأوراق نقدية ووسائل ثقافية ، وأدوات معرفة ونحو ذلك (١) .

---

(١) د . وهبه الزحيلي - التعويض عن الضرر - منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - كلية الشريعة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ - ص ٩ .

ثم يقول : الا أن طريقة فقهائنا في سرد الأحكام كانت كما أثر عنهم تتمثل في سرد الأحكام على نحو يستبين فيها الحكم الفقهي لكل مسألة على حدة ، لا على أساس نظريات عامة مصوغة ، أو مبادئ كلية مقررة باستثناء القواعد الفقهية ، الا ان هذا المنهج لا يمنع من التوصل الى صياغة نظريات فقهية مما يلاحظ القارئ الفقيه من التزام المجتهدين بأصول عامة ثابتة في أذهانهم ، وقد يصرحون بها في أثناء تعليلاتهم للأحكام (١) .

٣٤٦ — وعلى هذا النحو يمكن للفقهاء المعاصرين ، بحث ما يستجد من قضايا ومنها موضوع الضرر الأدبي ، ومدى امكان التعويض عنه ، في شكل مبادئ عامة ، لتسهيل الأمر على طالب العلم ، وعلى قاض يود اصدار الحكم القضائي في نزاع مالي أو جسدي أو أدبي ، ولكي يعرف المرء سلفا حكم ما يقع منه من حوادث ، فتعلو كلمة الحق والعدل ، وتجبر آثار الاعتداءات ، ويحافظ على الأنفس والاعراض ، والشرف ، كما يحافظ على الكيانات المالية والمستحقات النقدية . (٢)

.. ومن هذا المنطلق ، نظر بعض الفقهاء المعاصرين ، في موضوع المسئولية عن الضرر الأدبي ، على ضوء مصادر التشريع الاسلامي ، وآثار الصحابة ، وفقه قدامى الفقهاء في القضايا ، المشابهة للضرر الأدبي في وقتنا المعاصر ، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في مدى امكان التعويض عن الضرر الأدبي ، يمكن ارجاعها الى قولين :

٣٤٧ — أولهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصل قولهم ان الضرر الأدبي كالضرر المالي ينطوي على اعتداء على حق ، ويمثل فوات مصلحة للمعتدى عليه ويجب لذلك تقرير الضمان له ، ويقوم هذا الرأي

---

(١) المرجع السابق — ص ١٠ .

(٢) في هذا المعنى : المرجع السابق — نفس المكان .

على سند قوى من مصادر التشريع الاسلامي ، وأقوال الفقهاء على نحو ما سنرى (١) .

٣٤٨ _ ثانيهما : لبعض الفقهاء ، وحاصل قولهم أن الضرر الأدبى لا يستاهل الضمان ولا يستوجب التعويض ، وأن في الأحكام التي قررتها الشريعة الاسلامية ، لما يقع من الفعل الضار سواء كان على النفس أو العرض أو الشرف ما يكفى لجبر الضرر ورد الاعتداء ، ومن هذا الرأى الدكتور مصطفى الزرقا حيث يقول :"خلاصة القول أننا لا نرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الاضرار الأدبى بالتعويض المالى ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التعزيرية ،ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرا غير ذى جدوى ، بل الأمر بالعكس ، فان قبول مبدأ التعويض المالى عن الاضرار الأدبية له محذور واضح ، هو ان مقدار التعويض اعتباطى محض، لا ينضبط بضابط ، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافوء الموضوعى بين الضرر والتعويض ، وهذا متعذر هنا ، وكثيرا ما نسمع

(١) من هذا الرأى : د . فوزى فيض الله _ في رسالته السابقة _ ص ١٤٤ : حيث يقول بعد أن سرد الحجج التي تقوى ما ذهب اليه : " بناء على ذلك وفي زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر الفقهاء ، وبفرض الغرامة كما يعبر القانونيون في الاضرار الأدبية التى تمس شرف الآخرين وعقائدهم ، وكرامتهم امضى في العقاب ، بل يكون أمرا طرديا مع تسلط المادة وسيطرتها " ، ثم يقول :" ولعل من الأحسن أن يقال : ان في هذه الأضرار الأدبية يجتمع حقان : حق الله في نظافة المجتمع وطهارته ، وحق العبد في الكف عن ايذاء شعوره ، فليكن حق الله بالعقاب ، وليكن حق العبد بالتعويض ، وليتخذ منهما الحاكم الابلغ في الأثر . وراجع : د . وهبه الزحيلى :السابق ص ١٢ ،د. محمد حسين الشامى _ السابق _ص ٥١٦ ، فقرة ٢٥٤ .

فتدهش في اخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاما بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة (١)" .

ومن أنصار هذا الرأى أيضا ،الشيخ علي الخفيف ، حيث يقول في كتابه الضمان في الفقه الاسلامي : " وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف تعويضا عن المال المفقود ، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالي الذى يتمثل في فقد مال لا في ضرر غير مالى ، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ، ولا في فقد مال كان موجودا ، اذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين "(٢)

---

(١) الفعل الضار - ص ١٢٤ ، وله أقوال أخرى في الرد على أدلة المجوزين سنعرض لها في حينها ، ومن هذا الرأى أيضا :محمد فاروق العكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي - ص ٢٤١ ، و د . مقدم السيد - التعويض عن الضرر المعنوى في المسئولية المدنية - دراسة مقارنة - ص ٧٧ - الطبعة الأولى ١٩٨٥ - دار الحداثة ببيروت ،د . محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٧٠ - مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر ، د . ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المسئولية المدنية بين الطلاق والتقييد - ص ١٤٧ - دار النهضة العربية حيث يقول : " ويتقرر الضمان في الفقه الاسلامي عن الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين بشرط أن يكون هذا الضرر ماديا وليس أدبيا " ، د . سليمان محمد أحمد السابق- ص ٢٢٠ ، حيث يقول :" ولا بدلوجوب الضمان أن يكون هناك ضرر ، لأن التعويض لا يكون الا عن ضرر مالي واقع فعلا " ، وصبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ١٩٤٨م .

(٢) الضمان في الفقه الاسلامي - للشيخ على الخفيف - ص ٢١٣ ، وقارن : د . وهبه الزحيلي - في كتابه نظرية الضمان - ص ٩٦ ، حيث يقول : " وأما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أى المستقبله) أو الاضرار الأدبية أو المعنوية ، فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي ، لأن محل التعويض هو المال

٣٤٩ ـ اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي :

ويفهم مما كتبه أصحاب القول الثاني ، أنهم قد اتجهوا في بناء رأيهم الى غايات يمكن ردها من خلال ما نقل منهم الى اتجاهين :

٣٥٠ ـ الاتجاه الأول: يرى أن الشريعة الاسلامية لم تترك فعلا من الأفعال التى تستوجب الضمان الا وقررت له العقوبة الملائمة له والتي تليق بدرء آثاره وتلافى اخطاره ، ومسح آلامه من نفس المضرور ، يستوى في ذلك أن يكون الضمان حدا أو قصاصا أو تعزيرا ، واذا تأملنا الأفعال الموجبة للضمان لوجدنا انها لا تخرج عما قررته الشريعة الاسلامية من أحكام تتعلق بضمانها ومنها هذا النوع من الضرر، الذى يسمى بالضرر الأدبى ، وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا : " لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للاضرار الأدبي وان حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذى اتبعته الشريعة في معالجة الاضرار الأدبى ، انما هو التعزير الزاجر ، وليس التعويض المالي ، اذ لا تعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر اذا اعتدى عليه "(١) ، ثم يقول : " نحن

ـــ المحقق فعلا والمتقوم شرعا ، والضرر الأدبي غير متقوم شرعا ، لكن يمكن أن نجد مستندا لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص فيه عملا بمبدأ السياسة الشرعية لاحقاق الحق واقرار العدل . ودفع الجرح والمشقة "، وراجع : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ للدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٨ ـ دار احياء التراث العربي لبنان ، وهو لا يرى التعويض عن الضرر الأدبى في الفقه الاسلامي ، حيث ذكر انه يشترط في الضمان أن يكون مالا متقوما في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه " ، د . سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ـ القسم الأول ـ ص ١٤٣ ـ طبعة ١٩٧١م ـ معهد البحوث والدراسات العربية .

(١) د . مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار ـ ص ١٢٤ .

لا نرى مبررا لمعالجة الاضرار الأدبى بالتعويض المالى ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا لقمعه بالزواجر التعزيرية ،فالاضرار الأدبية التي تصيب الشخص في شعوره وعاطفته ، لا تكون موجبة للضمان ،اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده ، مثل حد القذف ، أو التعزير في الاعتداءات التي لا حد لها "(١) .

٣٥١ — تقييم هذا الاتجاه :

وهذا الاتجاه وان كان مبعثه الثقة في أحكام التشريع الاسلامي وقدرة ما حوته كتبه على حكم كل تصرف ، وضمان كل فعل ،بما لايحتاج الى القول بتقرير ضمان جديد عن الاضرار الأدبية ، وهذا باعث طيب وشعور حميد ، الا أنه لم يقدم لنا تأصيلا شرعيا لكثير من الأحكام الفقهية ، التي تقررت بصدد أمور لا يمكن تخريجها الا على أساس انها بمثابة التعويض عن ضرر أدبى ، اذ ان سببها فعل ضار بغير المال ، والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبى غير المالى ، ومن أمثلة ذلك ما ذكره السرخسي في المبسوط : " عن الامام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر ، تجب فيها حكومة العدل بقدر ما لحق المجروح من الالم ، وحكومة العدل هى تقدير الخبراء" (٢) .

وما ذكره ابن قدامه في المغنى : " ان قطع حلمتى الثديين عند مالك والثورى توجب ديتهما أن ذهب اللبن ، والا وجبت حكومة بقدر شينه (٣) ، أى بقدر العيب الجسدى الذى أصاب المرأة .

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وله في نفس المعنى :المدخل الفقهى - رقم ٥٨٦ ، د. صبحى محمصانى - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة - ص ١٦٩ وما بعدها- طبعة ١٩٤٨م .

(٢) السرخسي - المبسوط - جـ ٢٦ - ص ٨١ ، وبدائع الصنائع للكاساني - جـ ٧ - ص ٣١٦ وما بعدها .

(٣) المغني لابن قدامة - جـ ٩ - ص ٦٢٣ ، ومابعدها ، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣ ، وفيها :ان الجارية اذا هزلت عند الغاصب يضمن نقضها .

وما ذكره الحصكفي في الدر المختار : " أنه لو ضربه أسواطا ، ولم يكن لها أثر لا شيء في ذلك ، أي ليس فيها أرش مالي ، أما العقوبة فواجبة حتما (١) ، وقال أبو يوسف : عليه ارش الألم (٢) وهو حكومة عدل .

ويقول الشيخ زكريا الأنصاري من فقهاء الشافعية : " لو جرحه وبرئ ، ولم ينقص أصلا أنه يعزر فقط ، الحاقا للجرح باللطم والضرب للضرورة ، وقيل يفرض القاضي شيئا باجتهاده ورجحه البلقيني (٢) " . وقد ذكر الشيخ الشرقاوي في حاشيته أن القول بجواز التعزير بالمال هو قول الحنفية (٣) .

وقد جاء في رسائل ابن نجيم : " وفي الخلاصة سمعت من ثقة ان ا لتعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك ، أو الوالي جائز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة ، يجوز تعزيره بأخذ المال (٤) .

---

(١) ويرى بعض الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم ان في اللطمة والسوط والضرب باليد القصاص ، وهو المأثور عن الخلفاء وغيرهم من الصحابة والتابعين ، وهو نص أحمد وغيره من الفقهاء وبذلك جاءت سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، وقالت طائفة لا قصاص في ذلك ، وانما فيه التعزير ، والقول بالقصاص هو الصواب ، راجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع - جـ ٧ - ص ٢٢١ وما بعدها ، والدر المختار - جـ ٥ - ص ٥٧٦ وما بعدها .

(٢) الشيخ زكريا الأنصاري - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه - جـ ٤ - ص ١٦١ - المطبعة الأميرية ببولاق ، ونهاية المحتاج للرملي ، وقد جاء فيه : لو تألم بضربه (أي المضرور) ثم زال الألم أوجب القاضي فيه شيئا باجتهاده .

(٣) حاشية الشرقاوي على التحرير - جـ ٢ - ص ٤٤٨ .

(٤) مجموعة رسائل ابن نجيم - ملحقه بحاشية الحموي على الأشباه - الرسالة ١٣ في اقامة القاضي التعزير على المفسد من غير توقف على مدع - ص ٤٧ .

كما جاء في المنتزع المختار: " والحكومة على ما رآه الحاكم ولطمة العبد من سيده تعتقه " (١) .

٣٥٢ — أقول : هذه الأقوال وغيرها كثير يدل على أن تعويض الضرر الأدبي أمر واقع ادركه الفقهاء وعبروا عن معناه ، وان كانوا لم يصيبوا المسمى ، ولعل الذين يعارضون في قيام التعويض عن الضرر الأدبي قد عبروا عن ذلك دون أن يدركوا أنهم يقررون هذا المعنى ، يقول الاستاذ الزرقا : " والأمثلة الفقهية جميعا التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شيء ، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر ، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها (٢) ، فهو يسلم بجواز التعويض عنها ولكنه يسميها اضرارا مادية ، فكأن رأيه قد بنى على خلاف في لفظ لم يغير من الحكم عنده شيئا ، ثم ان أصحاب هذه الوجهة أيضا لم يقدموا ردا على ما استدل به أصحاب القول الأول الذين يرون جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وهي أدلة من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته ، ويترجح لمن ينظر فيها ، ان يرى جواز ذلك على نحو ما سنرى .

---

(١) العلامة ابن مفتاح — المنتزع المختار من الغيث المدرار — جـ ٢ — ص ٤٤٩ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠ هـ ، وراجع : البحر الزخار — جـ ٥ — ص ٢٨٠ حيث يقول : " وفي الالم حكومة وفي الايلام " ، ويقول في ص ٢٨٢ : " ولا شيء في قطع طرف الشعر اذ لا يؤثر في الجمال ، فان أثر بأن أخذ النصف فما فوق ، فحكومة لما فيه من الزينة " . والأحكام السلطانية — للماوردى — ص ٢٦٨ — المكتبة التوفيقية حيث يقول : " لا يجوز لولى الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب " ، وقال صاحب معين الحكام — الطرابلسى — ص ١٩٥ : " والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال .

(٢) مصطفى الزرقا — الفعل الضار — ص ١٢٣ .

٣٥٣ ـ الاتجاه الثاني : وهو ينطوى على سوء فهم واضح للتشريع الاسلامى ، وقصور بين في فهم أحكامه ، يدرك ذلك من يطالع ما كتبه أصحاب هذا الاتجاه تعليلا لما انتهوا اليه من اقتناع بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبى في التشريع الاسلامى ، حيث ذهب أحد هم الى القول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الاسلامية فكرة ضيقة ، فلم تعرف الشريعة الاسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي (١) ، وقال آخر : لقد قصر جمهور الفقهاء الضمان على الأضرار المادية المالية والجسمانية أما ما عداها من صور الأذى التى لا يفوت بها مال ، ولا يكون لها أثر باد في الجسم فلا ضمان فيها (٢) .

٣٥٤ ـ تقييم هذا الاتجاه :

ويبدو من خلال النظر فيما عبر به أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم ، انه ينطوى على سوء فهم واضح لطبيعة التشريع الاسلامي ، وقصور في فهم أحكامه ، حيث أن أصحابه قد بنوا رأيهم على ما ذكره ابن قدامة في المغنى حيث يقول : " وان لطمه على وجهه ، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة (٣) " ، وبما ذكره بعض فقهاء الحنفية من انه : " لو ضرب رجل انسانا ضربا موجعا

---

(١) د . مقدم السيد ـ التعويض عن الضرر المعنوى في المسئولية المدنية ـ ص ٧٧ .

(٢) د . محمد فاروق العكام ـ الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي ـ ص ٢٤١ ، وربما يكون قد نقل هذا التعبير عن الدكتور السنهورى من مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٨ .
وراجع : د . محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ نفس المكان السابق .

(٣) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦١٥ .

لا يضمن شيئا " (١) .

.. والواقع ان هذه النقول وردت في مواقعها من تلك المصادر في سياق الكلام عن الجنايات التي فيها ارش مقدر، أما الجنايات التي ليس لها أرش مقدر ، فالقاعدة التي تحكمها : ان كل ما ليس له ارش مقدر ففيه حكومة ، يقول ابن قدامة : " وما لم يكن من الجراح توقيت ، ولم يكن له نظير فيه ارش مقدر ، ففيه حكومة (٢) ، وقد جاء في الكافي : وان لم يحصل بالجناية نقص في جمال ، ولا نفع ، مثل قطع اصبع زائدة أو قلع سن زائدة أو لحية امرأة فاندمل الموضع من غير نقص أو زاده جمالا وقيمة ففيه وجهان : أحدهما : لا يجب شيئا ، لأنه لم يحصل بفعله نقص ، فلم يجب شيء كما لو لكم فلم يؤثر ، والثاني : يجب ضمانه ، لأنه جزء من مضمون ، فوجب ضمانه كغيره ، فعلى هذا يقومه في أقرب أحواله الى الاندمال ، لأنه لما سقط اعتباره بعد اندماله قوم في أقرب أحواله اليه كولد المغرور يقوم في أول حال يمكن فيها التقويم بعد العلوق . وهي عند الوضع ، فان لم ينقص في تلك الحالة قوم حين جريان الدم ، وان قلع سنا زائدة قوم وليس خلفها من أصلية ، وان قلع لحية امرأة قومت كرجل لا لحية له ، ثم يقوم وله لحية ويجب ما بينهما " (٣) ، فهل يفهم من قول ابن قدامة هذا انه لا يقول بعدم ضمان ما ليس فيه ارش مقدر ، وهو الذى يفصل القول في كيفية ضمانه وتقديره الى هذا الحد ؟ ، إن هذا الا تقول على الرجل ينم عن سوء فهم لما قال وقصور في ادراك ما ذكره الفقهاء .

---

(١) بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ٣١٦ وما بعدها ، وقد جاء فيه : ان ذلك هو قول أبي حنيفة ، أما أبو يوسف فقال : تجب حكومة عن الألم ، وقال محمد تجب اجرة الطبيب ، وهذا يعني ان الضرر الذى ليس فيه ارش مقدر يجب ضمانه بالتعويض عنه .

(٢) المغني لابن قدامة - جـ ٩ - ص ٦٥٩ .

(٣) الكافي - لابن قدامة - جـ ٤ - ص ٩٥ .

وقد ذكر الكاساني في البدائع : " الأصل ان ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس له أرش مقدر . ففيه الحكومة ، لأن الأصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن ، ومعنى حكومة العدل تقدير القاضي (١) .

وبهذا يظهر أن أصحاب هذا الاتجاه قد كشفوا بتعليلهم لما ذهبوا اليه عن سوء فهمهم للتشريع الاسلامي وقصور نظرتهم لاحكامه ، وتعجلهم في رمي أحكامه بالضيق والقصور عن ضمان الضرر الأدبي (٢) ، والقول بعدم جوازه ، وهو قول مرجوح كما سنرى ، بقي أن نبين أدلة المجوزين والمانعين لضمان الضرر الأدبي مع المناقشة وبيان الرأي الراجح ، وذلك في مبحثين على النحو التالي :

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣٢٣ ، وفي مثل هذا المعنى : نهاية المحتاج للرملي - جـ ٧ - ص ٣٤٦ ، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣ ، ومغني المحتاج - جـ ٤ - ص ٧٧ والشرح الكبير - للدردير - جـ ٤ - ص ٢٧١ ، والقوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٣٥٤ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٤١٢ .

(٢) راجع : في هذا المعنى : د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٥١٦ .

(المبحث الأول)

أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبــى

٣٥٥ — استدل القائلون بجواز التعويض عن الضررالأدبى ، بالسنة النبوية وآثار الصحابة ، والاجماع ، والمعقول ، كما يمكــــن أن يستدل لهم من القرآن الكريم أيضا وذلك على النحو التالى :

أولا : أدلتهم من القرآن الكريم :

قال الله تعالى : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (١) ، وقال تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٢) ، وقال تعالى :" فمــن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٣) .

٣٥٦ — وجه الدلالة في الآيات الكريمة :

ان الله تبارك وتعالى قد أوجب المماثلة في العقاب، والمماثلة في العقاب تعني ان يفعل بالجانى مثل ما فعل من غير حيــــف أو زيادة ، ذلك ما يقتضيه عدل الله وتحتمه أحكام شرعه عقابا للمجرمين ، وردعا للمعتدين ، وتحقق المماثلة في كل صور العقاب أمر غير وارد شرعا، ذلك ان المماثلة انما تشترط فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضـــات المالية والقصاص والجروح ، ونحو ذلك مما يمكن مراعاة المثلية فيه ،أمــا حين تتعذر المماثلة (٤) ، فان بدلها هو الارش وحكومة العدل ،والا فان

---

(١) سورة النحل — آية ١٢٦ .
(٢) سورة الشورى — آية ٤٠ .
(٣) سورة البقرة — آية ١٩٤ .
(٤) تعذر المماثلة قد يكون لمانع شرعي ،كما لو قتله بما لا يحـــل لعينه، مثل ان لاط بـه فقتله أو جرعه خمرا أو سحره ،لم يقتل بمثله اتفاقا ويعدل الى القتل بالسيف ،وقد يكون لمانع عادى ، كما لو جرحه دون الموضحة أو ضربة جائفة مما لا يمكن ان تتحقق فيه المماثلة ،راجع :المغني لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٦٨٨ .

جانب الردع سيختل ، وسيفلت عدد كبير من المجرمين من العقاب وهذا أمر غير مقصود شرعا ، اذ مقصود الشرع أن ينال الجاني عقابه ، ولهذا أوجب الشارع الدية وجعلها جبرا عن النفس مع أنها ليست من جنسه ، ولا من جنس أعضائه (١) ، تحقيقا لهذا المعنى ومن ثم كان ايجاب المماثلة في عقاب المجرمين الوارد في الآيات الكريمة غير مانع من ايجاب تقدير الأرش وحكومة العدل في حالة عدم امكان المماثلة ، لأنه سيصير بدلا عنها ، والبدل عن الواجب يكون له حكمه لئلا يفلت الفعل عن ضمان . ولهذا نظير في ضمان المال ، اذ حين لا تفيد المماثلة فيه يعدل عنها ، ومن أمثلة ذلك صور الاتلافات المالية نفسها ، اذ ليس من الحكمة اتلاف مال المتلف نظير ما اتلفه من مال المتلف عليه ، والا لتفاقم الضرر ، بل الحكمة تكون بأخذ مال المتلف واعطائه للمتلف عليه ، ومن غير المقبول أبدا أن تمس كرامة المسيء بمثل ما مست به كرامة غيره ، والا كان في ذلك اشاعة للفاحشة بين الناس وتثبيتا لمعناها في نفوسهم ، وانما المفيد عقاب المسيء بما يردعه ويزجر غيره (٢) .

وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف : لقد عرفنا ان ضمان المال الذى يدفع لمن أصابه ضرر في ماله ، انما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض ، وازالة ذلك الضرر ، برد الى الأمر الى ما كان عليه قبل حدوثه ، وذلك لا يتحقق الا في الضرر المالي الذى يتمثل في فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال ، برد الأمر الى ما كان عليه قبل الفقد ، ولذا لم ير فقهاء الاسلام محلا للضمان المالى ، أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال ، وهذا في كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم ، ومن ثم لم يروا التعويض في الاضرار الأدبية ، ولا في الضرر بفقد الأمل في مال متوقع حدوثه ، اذ ليس في

---

(١) العز بن عبد السلام - قواعد الاحكام - جـ ١ - ص ١٧٤ .

(٢) د . محمد فوزى فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٢ .

دفع المال فيها اعادة الأمر الى ما كان عليه وعلى ذلك ، فماذا يكون وضع الديات والاروش ، بالنظر الى هذا الأساس ، وليست الا أموالا تدفع فيما لا يعد مالا ،أو فيما لا يقوم بالمال ، وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وابدانهم ،وعدم اعتبارها من الأموال (١) ، وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الأساس الذى بنى عليه الشارع الاسلامى شريعة الديات والاروش ، وفي تقديره الديات والاروش بخاصة اذا روعى ما يدل عليه قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٢) ، وقوله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها ،فمن عفى وأصلح فأجره على الله "(٣) ، وقوله تعالى : " والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها " (٤) ، وما توجبه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى " (٥) ، وقوله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين ،والأنف بالأنف ، والأذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص" (٦) ، وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو (٧) .

ثم يقول : " الذي يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء ، لا تصلح في جميع الأحوال ، لأنها ان صلحت في بعض أحوال العمد ، لا تصلح في

---

(١) الضمان في الفقه الاسلامي – ج ٢ – الكفالة والديات – ص ١٥٩ ، وما بعدها – معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م .

(٢) سورة البقرة – آية ١٩٤ .

(٣) سورة الشورى – آية ٤٠ .

(٤) سورة يونس – آية ٢٧ .

(٥) سورة البقرة – آية ١٧٨ .

(٦) سورة المائدة – آية ٤٥ .

(٧) الشيخ على الخفيف – المرجع – المرجع نفسه – ص ١٦٠ .

بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم امكانها ، كما لا تصلح للسبب نفسه في أحوال الخطأ ، اذ لم يقصد الفاعل فيها احداث ما وقع من الضرر ، وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مسئولا عنه من احدثه ، ومن الظلم في هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصبب به غيره ، أو مثل ما صدر منه على غير ارادته واختياره (١) .

ومن أجل ذلك عدل في هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص ، غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك اعفاء الجاني فيها من المسئولية وكان من الواجب أن يصان دم الانسان من الهدر ، وان يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجنى عليه أو ضرره ، ويذهب عنه بقدر الامكان غيظ القلوب وحقد النفوس ، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور ، لما يؤدى اليه من أذى لدافعه ينقص ماله ، ومنافعه لمن دفعه اليه يطيب منها عيشه ، ويجد فيها معونته على الحياة ومطالبها ، فكان ذلك أساس شرع الديات والاروش فضلا عما قد يترتب عليه من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى غيره (٢) .

ثانيا : أدلتهم من السنة النبوية :

١ _ ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (٣) .

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .

(٢) المرجع نفسه _ ص ١٦١ .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه ، وله من حديث أبي سعيد مثله ، وهو في الموطأ مرسل . راجع موطأ الامام مالك _ ص ٦٣٨ ، وأخرجه ابن ماجة أيضا والبيهقي من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه مالك عن عمر بن يحيى المازنى عن أبيه مرسلا بزيادة من ضار ضاره الله ، ومن شاق شاق الله عليه ، وأخرجه بهما

٣٥٧ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد نفى الضرر والضرار ، والضرر ضد النفع ، يقال ضره يضره ضرا وضرارا ، وأضر به يضر اضرارا ، ومعناه : لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه (١) . وقد قال بعض المحققين في بيان معنى الضرار والضرر : ان الضرار فعال من الضر ، أى لايجازيه باضراره ، بادخال الضر عليه ، فالضر ابتداء الفعل ، والضرر هو الجزاء عليه ، ويبدو أن هذا القول مردود بقول الله تعالى : ولمن انتصر من بعد ظلمه (٢) ، وقوله عز من قائل : وجزاء سيئة سيئة مثلها (٣) ، ولذلك قيل : ان الضر هو ما تضر به صاحبك ، وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع ، وقيل : هما بمعنى واحد والتكرار فيهما للتأكيد (٤) .

وقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه اذا نفى ذاته ، دل على النهي عنه ، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل ، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل ، فاستعمل اللازم في الملزوم (٥) .

... وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا الا ما دل الشرع على اباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة . وذلك مثل اقامة الحدود وغيرها ، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة ، وقد جاء النفي الذي

— الدارقطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد مرفوعا ، وأخرجه عبدالرزاق وأحمد عن ابن عباس أيضا . راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ١١٨ ، مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، ونيل الأوطار - للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٦٠ .

(١) سبل السلام للصنعاني - المكان السابق .

(٢) سورة الشورى - الآية ٤١ .

(٣) سورة الشورى - الآية ٤٠ .

(٤) سبل السلام - المكان السابق نفسه .

(٥) سبل السلام - المكان نفسه .

يفيد النهى والتحريم في الحديث عاما ، ليشمل تحريم كل صور الضرر وأنواعه (١) ، ولما كان الضرر الأدبى أحد أنواع الضرر المنهى عنه ، فانه يدخل في نطاق التحريم الذى دل عليه هذا الحديث ،واذا كان محرما كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التى تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها ، ويكون الحديث دالا ، ضمن ما يدل عليه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي لذلك (٢) .

٢ - وبما أخرجه الامام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " (٣) .

٣٥٨ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبى صلى الله عليه وسلم قد حرم على المسلم عرض أخيه المسلم ، والعرض هو موطن الشرف في الانسان أو ما به توام شرفه واعتباره ، مما يتعلق بكيانه الأدبى ، يدل على ذلك ما ذكره علماء اللغة من أن العرض هو جانب الرجل الذى يصونه من نفسه وحسبه أن ينتقص أو يثلب ، وسواء كان في نفسه أو سلفه ، أو من يلزمه أمره ، أو موضع المدح والذم منه ،أو ما يفتخر به من حسب وشرف ،وقد يراد

---

(١) في هذا المعنى : المرجع السابق - ص ١١٩ .

(٢) وقد احتجت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني - ص ٣٠٠ ، للتعويض المالى عن الضرر الأدبي بأن السند في هذا الباب حديث : " لا ضرر ولا ضرار " ، وهو نص عام ، نقصره على الضرر المادى دون الضرر الأدبي تخصيص بغير مخصص وهو لا يجوز - مشار اليه بالفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص ١٢٥ .

(٣) الحافظ المنذرى - مختصر صحيح مسلم - جـ ٢ - ص ٢٢٣ رقم ١٧٧٥ - تحقيق الشيخ الألباني ، كما أخرجه أبو داود في سننه - جـ ٢ - ص ٥٦٨ - الطبعة الأولى ١٣٧١ هـ - مصطفى البابي الحلبي .

به الآباء والاجداد والخليقة المحمودة (١) .

وقد جاء تحريم العرض في الحديث الشريف معطوفا على أمرين لا يخالف نقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما اجمالا ، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه ، في الضمان ، واذا كان معنى العرض يغلب في جانب الحق الأدبى ، يكون الحديث دالا على جواز الضمان في حالة التعدى عليه (٢) .

٣ — وبما رواه أبو بكرة نفيع بن الحارث رضى الله عنه ، ان النبى صلى الله عليه وسلم ، قد خطب في الناس يوم النحر في حجة الوداع وقال : ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا " (٣) .

٣٥٩ — ووجه الدلالة في هذا الحديث :

انه قد دل على نفس المعنى الذى دل عليه الحديث السابق ، حيث جاء تحريم العرض معطوفا على تحريم النفس والمال ، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان ، ولما كان التعدى على العرض يغلب عليه جانب الضرر الأدبى ، يكون الحديث دالا على ضمانه .

---

(١) القاموس المحيط — جـ ٢ — ص ٣٤٧ . ومنه فلان نقى العرض ، أى برىء من أن يشتم أو يعاب ، وقيل عرض الرجل : حسبه ، راجع : مختار الصحاح — ص ٤٢٦ .

(٢) راجع في هذا المعنى : مصطفى الزرقا — الفعل الضار ، حيث يقول : وفي هذا الحديث كذلك تقرير لاعتبار الاضرار الأدبى من المحرمات الكبيرة الاثم ، ويستفاد هذا من عد الشتم والقذف مثل التعدى على النفس والحقوق كسفك الدم وأكل المال وهذا يؤكد ان الضرر الأدبى يوجب تدبيرا زجريا يزيله ويمحو أثره ، ص ٢١ وما بعدها من المرجع المشار اليه .

(٣) متفق عليه ، راجع : رياض الصالحين — للنووى — ص ١١٧ ، ومابعدها .

٤ - وبما روى عن عائشة رضى الله عنها : ان النبى صلى الله عليه وسلم، بعث أبا جهم جامعا للصدقات فلاحاه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالوا: القصاص يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا يعنى من المال ، فلم يرضوا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: لكم كذا وكذا فرضوا (١) .

٣٦٠ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبى صلى الله عليه وسلم قد قدر للفعل الضار الواقع من أبى جهم ضمانا ماليا ارتضاه الذين وقع الضرر عليهم ، وقد جاء هذا التقدير في شجة احدثت الما في نفس المشجوج وأهله ، ولو كان الواجب فيها الارش فقط دون التعويض لما حكم لهم النبى صلى الله عليه وسلم به ، بل ولألزمهم بالأرش (٢) ، وتقدير النبى صلى الله عليه وسلم يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه ،وهما : التخريب الظاهرى للوجه ، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور، مضافا الى ذلك ألم أهله عليه مما يكون معنى الضرر الأدبى فدل ذلك على جواز ضمانه .

٣٦١ - ثالثا : أدلتهم من آثار الصحابة :

وأما أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبى ، فكثيرة ومتعددة ويمكن أن نكتفى منها بما يدل على المطلوب ،وذلك على النحو التالى :

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ، راجع : سنن أبي داود - ج ٤ - ص ١٨١ ، حديث رقم ٤٥٣٤ .

(٢) راجع في هذا المعنى : ابن القيم في اعلام الموقعين - ج١ - ص ٣٢٠ وما بعدها ، مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد - دار الجيل - بيروت ١٩٧٣م .

١ ـ روى ابن حزم : ان حلاقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزعه عمر فضرط الرجل من الفزع ، فقال عمر رضي الله عنه : أما انا لم نرد هذا ، (أى لم يقصد افزاع الرجل) ولكنا سنعقلها ، فأعطاه أربعين درهما (١) .

ووجه الدلالة في هذا الأثر : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، قد قام بضمان الخوف الذى تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعه وظهرت علامات الفزع عليه ، وما كان لمثل عمر رضي الله عنه أن يضمن الخوف والفزع ، وهما من مكونات الضرر الأدبى ، لولا ان لهذا الضمان أساسا شرعيا يقوم عليه ، ويستمد جوازه منه ، فدل هذا الأثر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى .

وقد روى هذا الأثر في كنز العمال برواية أخرى عن عكرمة : ان حجاما كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحنح عمر ، فأحدث الحجام فأمر له بأربعين درهما (٢) .

٢ ـ وبما روى أن عمر بعث الى امرأة مغيبة (٣) ، كان رجل يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فبينما هى في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولدا فصاح الصبى صيحتين ، ثم مات ، فاستشار عمر ، أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء ، انما أنت وال مؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال :

---

(١) ابن حزم ـ المحلى ـ جـ ١٠ ـ ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبد الرزاق ، وراجع : د . رويعى الرحيلى ـ فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين ـ جـ ٣ ـ ص ٢٣٢ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة ـ طبع دار الغرب الاسلامى ببيروت سنة ١٤٠٣ هـ .

(٢) علاء الدين على المتقى بن حسام الدين ـ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ـ جـ ١٤ ـ ص ٢١١ رقم ٤٢٥ (في فضائل الفاروق) .

(٣) كان زوجها غائبا في سفر ونحوه ، يقابل المغيبة : المشهد : وهى التي زوجها شاهد حاضر .

ما تقول يا أبا الحسن ؟ ، فقال : ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديته عليك لأنك أنزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك (١) ، يقول الشيرازى : فأمر عمر عليا أن يقسم عقله على قريش، أى أن يقسم دية الجنين على عاقله عمر وهى قريش (٢) .

٣٦٢ - ووجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عمر رضي الله عنه قد استشار أصحابه في ضمان افزاع المرأة على نحو أدى الى اجهاضها فرأى بعضهم عدم الضمان لفعل عمر ، تأسيسا على أنه يتوافر بالنسبة له سبب الاباحة ، حيث ان له ولاية التقويم والتأديب على رعيته ، لكن عليا رأى الضمان لأنه هو المتسبب في الخوف والافزاع وما تسلسل عنهما من اجهاض المرأة ، وقد لقى رأى أبى الحسن استحسانا من عمر رضي الله عنهما فأقره ، وعمل به ، وقرر ضمان الجنين الذى سقط بسبب من قبله وهو الافزاع والخوف الذى يعد من قبيل الضرر الأدبى غير المالي، وضمانه في هذا الأثر

---

(١) ارواء الغليل للألباني - جـ ٧ - ص ٣٠١ ، حيث يقول : لم أره ، ولا يلزم من عدم رؤية الألباني للأثرأن يكون ضعيفا في ذاته ، راجع : مسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥ .

(٢) الشيرازى - المهذب - جـ ٢ - ص ١٩٢ . وقد أخرجه البيهقي عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر ، ورواه عبد الرزاق عن معمر ، ورواه الشافعي بلاغا عن عمر مختصرا ، راجع : سنن البيهقي - جـ ٨ - ص ٣٢٢ ، ومسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥ ، حيث قال ابن كثير : انه مشهور متداول ، وتكملة المجموع للمطيعى - جـ ١٧ - ص ٣٧٤ .
وراجع في كتب الفقه : مغنى المحتاج جـ ٤ - ص ٣ ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٧٨١ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة ، وتبيين الحقائق للزيلعى - جـ ٦ - ص ٩٧ وما بعدها ، والأحكام السلطانية للماوردى - ص ٢٢٢ ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع - جـ ٧ - ص ٢٣٦ .

يدل على الجواز (١) .

٣ ـ أخرج البيهقي في السنن الكبرى ان عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا يعاقبان على الهجاء (٢) .

والعقاب على الهجاء يقتضى أن يكون السب والقذف وغيرهما من الأضرار التي تنال من شرف الانسان واعتباره محل ضمان ، ولو لم تكن كذلك ما قام صحابيان جليلان مثل عمر وعثمان رضي الله عنهما بضمانها .

٤ ـ وأخرج البيهقي ان عليا رضى الله عنه ، قال في الرجل يقول للرجل: يا خبيث ، يا فاسق ، قال ليس عليه حد معلوم ، يعزره الوالى بما رأى (٣) .

٥ ـ وروى عبد الرزاق أن عمر بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل : يا منافق ، فشكاه الى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر الى عمرو : ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة ، فشهد الناس واعترف عمر ، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه (٤) وفي رواية ان عمر قال لعمرو : اكذب نفسك على المنبر ففعل (٥)

وقد دلت هذه الآثار على أن الفعل الضار ضررا أدبيا مضمون على فاعله ، يدل على ذلك قول على فيما أخرجه البيهقي لمن قال لرجل

---

(١) د . محمد حسين الشامي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٢٠ ، حيث يقول : " يستدل من هذا ان الضرر الأدبي هو السبب في التعويض لأمرين . أولهما : انه لم يحدث أى أذى مادى حتى يقال ان هناك مباشرة ، والثاني : ان التسبب ليس هو السبب المباشر في ايجاب التعويض لأن من حق عمر المحافظة على النظام والاستجواب للتهم ، وانما الذى حصل هو الفزع النفسى الذى بسببه ألقت جنينها فكان الضمان بسبب الافزاع وهو ضرر أدبى .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥١ .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

(٤) كنز العمال ـ جـ ٣ ـ ص ١٢٠ ، وراجع : د . رويعي الرحيلي ـ فقه عمر ـ السابق ـ جـ ١ ـ ص ٣٤٥ .

(٥) كنز العمال ـ المكان السابق .

يا خبيث يا فاسق : بعزره الوالى بما يرى ، كما يدل على ذلك أيضا فعل عمر مع عمير مع عمرو بن العاص رضى الله عنهما ، حيث حكم بضمان الفعل الذى أخل بحق الرجل الأدبى من خلال وصفه بالنفاق ، صحيح ان الضمان قد اتخذ شكل التعويض العينى ،أى تكذيب ما نسبه اليه ، كما تواترت بذلك بعض الروايات ،أو ان عمر قد قرر عقابا مقداره سبعون جلده ، وهذا لا يمنع من القول بتقرر الضمان عن الضرر الأدبى .

٣٦٣ — وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا تعليقا على الأثرين الواردين عن عمر وعلى رضى الله عنهما : وأول ما نستنتج من النصوص الواردة ان الخلفاء الراشدين عاقبوا على الاضرار الأدبى ،لكن بغير طريق التعويض المالى (١) ، والنتيجة الثانية : ان مدى المسئولية عن الاضرار الأدبى ،تعود الى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعى الذى عينت فيه الشريعة عقوبة محددة ، كما يمكن ان يقال أن تكذيب النفس علنا يمكن أن يعد في بعض الأحوال ازالة عينية للضرر (٢).

٦ — وقد حدّث محمد بن كثير عن الأوزاعى ، عن ابن حرملة ، قال : تلاحى رجلان فقال احدهما الم اخنقك حتى أحدثت؟، فقال: بلى ، ولكن لم يكن لى عليك شهود ، ثم أشار الى الحاضرين ، وقال لهم : اشهدوا على ما قال ، ثم رفع أمره الى عمر بن عبد العزيز فأرسل في ذلك الى سعيد بن المسيب ، فقال : يخنقه كما خنقه حتى يحدث ، أو يفتدى منه فأفتدى منه بأربعين بعيرا (٣).

وهذا الأثر يفيد جواز التعويض عن الضرر الأدبى بالمال ، والا فلو كان تعويض الضرر الأدبى بالمال غير جائز لما وجب الفداء في الحكم بالمال ، حيث ان الضرر لم يترك أى أثر مادى في الجسم ،وقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال : يجب في الجراحات التي تندمل على وجه

---

(١) د . مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ٥٣ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٥٤ .

(٣) اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ١ - ص ٢١٩ .

لا يبقى أثرا حكومة بقدر ما لحق المصاب من الألم (١) ، وقد جاء في الأحكام السلطانية : " ولو تعلق بالتعزير حق لآدمي ،كالتعزير في الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهذيب ، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب ، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب (٢) .

٣٦٤ — رابعا : دليلهم من الاجماع :

وللقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال دليل من الاجماع حكاه ابن قدامة في المغني : في حكم قضى به عثمان رضى الله عنه ، وذلك في قضية رجل ضرب آخر حتى احدث ، فقضى عثمان عليه بثلث الدية ، خلافا للقياس الذى يقضي بأن الدية لاتجب الا لاتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال ، وليس في القضية المحكوم فيها شيء من ذلك ، وإنما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان رضي الله عنه ، لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا (٣) . ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحديث ريحا أو غائطا أو بولا وكذلك الحكم فيما اذا أفزعه حتى احدث (٤) .

ووجه الشاهد فيما ذكره ابن قدامة : أن حكم عثمان بالتعويض قد ورد في تلك القضية بسبب ضرر لا يخرج توصيفه عن كونه ضررا أدبيا ، وهذا الحكم كان في مظنة الشهرة، ولم يرد ما يخالفه ، فيكون اجماعا عليه ، اذ أن هذا الحكم من عثمان رضيالله عنه يدل على انه توقيف ، ثم قاس ابن قدامة علي الحكم كل فزع،الأمر الذى يمكن معه القول ان التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي أمر جائز .

(١) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١ .
(٢) الأحكام السلطانية ـ للماوردى ـ ص ٢٦٨ ـ ا لمكتبة التوفيقية .
(٣) المغني لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٨٣٥ .
(٤) المرجع والمكان السابقان .

٣٦٥ - خامسا - دليلهم من المعقول :

كما أن للقائلين بجواز التعويض من الضرر الأدبي دليلا من المعقول ، ذلك ان الضرر الأدبي ،لا يقل أثرا في النفس من ناحية تحقيق الألم الذي يبعثه عن الضرر المالي ، بل ان الضرر المالي قد يكون أهون من الضرر الأدبي ، واذا كان التعويض عن الضرر مطلقا مبعثه تخفيف حدة الالم في نفس المضرور بازالة آثار الضرر عنه ، ومحو بقاياه من نفسه ، فانه لا يستساغ - وأمر التعويض كذلك - أن يكون قصرا على الضرر المادي دون الأدبي ، الأمر الذي يجعل التعويض عن الضرر الأدبي ، أمرا يحتمه النظر السليم والقياس الراجح والعقل الرشيد ، خاصة اذا كان هذا النظر معضدا بما سبق من أدلة على جوازه من الكتاب والسنة والاجماع وآثار الصحابة كما رأينا ، كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي سوف يفتح الباب للتعدي على اعراض الناس ، وسوف يشجع المعتدين على ولوج هذا الباب ،ومن ثم يكون تقرير التعويض عنه بالمال زاجرا للمعتدين ورادعا لهم ، كما سيكون ذلك ذريعة لحفظ اعراض الناس ومنع التطاول عليهم (١) .

* *

---

(١) راجع : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني - ص ٣٠٠ ، حيث ذكرت من ضمن الحجج التي يستند اليها جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي : ان القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على اعراض الناس وسمعتهم ، مشار اليها - في الفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص ١٢٥ .

(المبحث الثاني)

أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي

وللقائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال أدلة يمكن ردها الى عدة أمور :

٣٦٦ - أولها : ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، تعزير بالمال والتعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة (١) ، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه بغير حق ، وقد نسخ التعزير بأخذ المال (٢) .

٣٦٧ - ثانيها : ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوي هذا التقرير على اضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقدرة شرعا ، تحت مسمى الضرر الأدبي ، بينما الشريعة قد حسمت هذا الأمر ، وحددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لا يدع مجالا لاضافة أو تغيير ، ان النص على تقدير تعويض عن الضرر الأدبي ، سوف يفتح الباب أمام القاضي على

---

(١) راجع : بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ٦٣ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٣ - ص ١٩٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٥٤ ، وحاشية الشرقاوي على التحرير - جـ ٢ - ص ٤٤٨ . حيث يقول : ولا يجوز التعزير بالمال خلافا للحنفية ، والمغني لابن قدامة جـ٨ - ص٣٢٦ حيث يقول : " والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيء منه ، ولاجرحه ، ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٦١ ، وراجع في عدم جواز التعزير بأخذ المال مطلقا ، د . محمد سعيد رمضان البوطي - محاضرات في الفقه المقارن - ص ١٠٠ وما بعدها - دار الفكر ببيروت .

مصراعيه للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم زيادة على الدية ، يؤدى الى الأقارب لتعويضهم عما يستشعرون من الم بسبب موت المضرور ، ولهذه العلة يجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض لا للاقارب فحسب ، بل وكذلك للأزواج مراعيا ظروف العائلة ، في تعيين أحظ أفرادها من الحزن والفجيعة ممن لا يقتصر أمرهم على رغبة الافادة ماليا مما كانوا يكنون للمتوفى من عواطف الحب والولاء . وفي هذا مع المخالفة السابقة ، مخالفة لاحقة ، حيث سيؤدى ذلك الى مخالفة أحكام الإرث الشرعية ، حين يترك الأمر للقاضى ليوزع التعويض على احظ أفراد الأسرة من الحزن والفجيعة (١) ، وذلك على نحو ما ورد في المادتين ٢٧٣ ، ٢٧٤ من التقنين المدنى الأردنى ، حيث تنص المادة ٢٧٣ مدنى أردنى على ما يأتى : " ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجانى غير مميز هو على العاقلة أو الجانى ، للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون " ، وتنص المادة ٢٧٤ مدنى أردنى على أنه : " رغما عما ورد في المادة السابقة كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين ، أو لمن كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار " .

.. وعلى ضوء ما تقضي به المادة ٢٧٤ مدنى أردنى يكون هناك أمر زائد على ما قررته أحكام الشريعة دون سند شرعي ، واستناد الى تبرير متكلف ، غريب عن منهاج الشريعة ومبانى أحكامها (٢) .

٣٦٨ - ثالثها : ان الضرر الأدبى الخالى من الآثار المالية ، هو من الأمور الاعتبارية اعتبارا محضا ، وذلك كالشرف والسمعة ، ومن ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال والأولى به أن يخضع لقواعد التعزير الشرعي .

---

(١) راجع في سرد هذه الأدلة : الاستاذ مصطفى الزرقا - السابق - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢) مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٧ .

٣٦٩ — المناقشة والترجيح :

هذه هي أدلة الفقهاء في مدى مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال آثرت أن أذكرها كما وردت عنهم ، مع الاستدلال لكل قول بما يمكن أن يستدل له من أدلة الشريعة ، ولكن يبقى مع ذلك ان نورد المناقشات الواردة على أدلة كل قول ، أو التي يمكن ايرادها عليها ، وذلك قصدا لاستجلاء الرأى الراجح في المسألة .

٣٧٠ — مناقشة أدلة القول الأول :

وقد وردت على أدلة القول الأول مناقشات عديدة يمكن اجمالها فيما يلي :

أولا : الأمثلة الفقهية التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شيء ، فالألم والشين ، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها اضرار مادية ، لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها ، ولا تصلح للاحتجاج شرعا على التعويض المالي عن الضرر الأدبي (١) . على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادى يمكن تعويضه ، وفق القواعد الشرعية في تعويض الاضرار المادية ومن ذلك ايقاع الألم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثرا ، وكذلك نقص جمال عضو من الأعضاء (٢) .

٣٧١ — رد هذه المناقشة :

ويرد على هذه المناقشة أمران :

الأول : اذا كان الألم والشين وفوات الزينة وغيرها تستأهل التعويض ، كما ورد في المناقشة ، يكون في هذا تسليم بأنها يجوز أن يرد عليها التعويض بالمال ، وذلك هو المقصود ، أما وصفها بأنها

(١) د . مصطفى الزرقا — المرجع نفسه — ص ١٢٣ .

(٢) المرجع والمكان نفسه .

اضرار مالية ، وليست أضرارا أدبية ، فذلك لن يغير من الحكم شيئا ، وهي عند الفقهاء تعتبر من قبيل الأضرار الأدبية .

الثاني : القول بأن كل ما ورد بصدد الاستدلال على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، بأنه ليس من الضرر الأدبي ، لا يستقيم مع الأمثلة التي ضربها القائلون بالجواز مدعومة بالأدلة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته ، كما ورد عن عمر وعثمان وعلى وعمر بن عبد العزيز ، وقد وردت تلك الأمثلة بخصوص اضرار لا يمكن اعتبارها من قبيل المال الذى يجوز الاعتياض عنه ، ومع ذلك فقد قرر الفقهاء جواز التعويض عنها بالمال (١) ، رغم ان الوصف الغالب عليها انها اضرار أدبية بالمعنى الذى يراه الفقهاء .

ثانيا : لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للاضرار الادبى وأن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذى اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبى ، انما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالى ، اذ لا تعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر اذا اعتدى عليه (٢) .

٣٧٢ — وهذه المناقشة أيضا يرد عليها أمور :

الأول : أن القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، لا ينازعون في الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الاضرار ذات الصبغة الأدبية مثل حد القذف وغيره من العقوبات التي يغلب عليها جانب حق العبد والتي قررها الشارع حفظا لشرفه واعتباره ، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق ، اما جواز التعويض عن الضرر الأدبى بالمال ، فانه وارد في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب ، وأقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التعويض عن الضرر الأدبى بالمال حسبما وردت ،

---

(١) راجع أدلة القول الأول .

(٢) د . مصطفى الزرقا — المرجع نفسه — ص ١٢٤ .

بعيدة عن هذا النطاق ، لأنها تدخل في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كاجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدى عليها بما يـــراه ، وهذا لا يكون الا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد حكما واجب الاتباع .

الثاني : أما قول المانعين : ان شرف الانسان وسمعته ليست مالا متقوما يعوض بمال آخر اذا اعتدى عليه ، فانه محل نظر ، ذلك ان شرف الانسان وسمعته يمثلان حقا من اسمى حقوق الانسان وأعظمها خطرا في حياته ، والألم الذى يصيب الانسان بسبب التعدى على شرفه وسمعته واعتباره - حتى في الحالات التي لا ينطوى فيها هذا التعدى على مساس بالحقوق المالية له - قد يكون أقوى من الالم الذى يصيبه بسبب ضرر مالى ، ومن ثم كان استئثار الأخير بالتعويض المالى ، واخراج الضرر الأدبى من دائرته ، أمرا غير ذى معنى .

.. ثم ان الغرض من التعويض ليس احداث تقابل بين قيم مالية مفقودة من جراء الضرر ، واحلال مال آخر محلها ، وانما الغرض من التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور ، وتخفيف ألمه من نفسه ، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبى بقدر ما هو موجود في الضرر المادى .

الثالث : كما أن القول بأن ما يقع من ضرر أدبى يمكن ان يجابه بالتعزير ، قد يكون حجة على المانعين لا لهم ، الا اذا كانوا يرون رأى من لا يجيز التعزير بأخذ المال وهو رأى مرجوح كما سنرى ، لكننا اذا سلمنا بأن التعزير هو طريق مجابهة الضرر الأدبى ، فان من التعزير تغريم المال كما ذهب الى ذلك كثير من الفقهاء ، ويكون ضمان الضرر الأدبى بالمال داخلا ضمن ما يقررونه وما يتمسكون به .

ثالثا : قال المانعون لمشروعية تعويض الضرر الأدبي بالمال : إننا لو سلمنا بأن التعويض عن الضرر الأدبى جائز بالمال ، لوجب أن يذهب المال الى خزانة الدولة لا الى جيب المضرور ، وهذا لا يقولون به ، وليس هو مرادهم (١) .

---

(١) د . مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

٣٧٣ — رد هذه المناقشة :

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الهدف من التعويض هو تحقيق المماثلة بين التعويض والضرر ولما كان ذلك غير ممكن في اطار التعويض عن الضرر الأدبي ، فان الهدف يصبح هو مواساة المضرور ،اقتداء بما رسمه الشارع في الدية والأرش ، ومن ثم يكون ذهاب المال اليه اولى دفعا للنزاع وقطعا لدابرالشر من النفوس ، ثم ان المهم في موضوعنا هو جواز تغريم المسئول عن ضرر أدبي ، فاذا سلمنا بذلك يكون توجيه المال المدفوع مسألة أخرى ، تخضع لنظر الحاكم وما يمليه العرف السائد ، أما نفيهم لمراد القائلين بالمشروعية فهم لا يملكونه ،لأن القصد لا يعلمه الا الله ، ومن ثم كان نفيهم له نفيا لأمر لا يعلمونه فيكون باطلا لا اعتبار له .

٣٧٤ — مناقشة أدلة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال :

كما أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضررالأدبي بالمال لا تسلم هي الأخرى من المناقشات ،حيث يمكن أن ترد عليها المناقشات التالية :

أولا : أن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، تعزير بالمال غير جائز عند الأئمة ، يرد عليه : ان الذين قالوا بتحريمه استدلوا بقول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لاحد من مال أخيه الا ما طابت به نفسه " (٢)، وقالوا: ان التعزير بأخذ المال مطلقا أكل لأموال الناس بالباطل ، منهي عنه بنص الآية الكريمة ، وأخذ للمال من المسئول عن غير طيب نفس منه،

---

(١) سورة النساء - آية ٢٩ .

(٢) رواه البيهقي بطرق متعددة ، راجع السنن الكبرى - جـ٦ - ص٩٧ .

وهو غير جائز كما أرشد حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وهـــذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من الفقهاء من ان التعزير بأخذ المال جائز (١) ، وقد أثبت ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ان التعزيـــر

---

(١) يرى أبو يوسف ان التعزير بأخذ المال جائز ان كان في أخذه مصلحة ، راجع : حاشية ابن عابدين - جـ ٣ - ص ١٨٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - جـ ٣ - ص ٢٠٨ ، وذكر ابن البزاز في فتاواه: ان التعزير بأخذ المال جائز دون نسبة ذلك الى قول أبي يوسف ، الفتاوى البزازية - لابن البزاز الكردري جـ ٢ - ص ٤٥٧ ، طبعة ١٣٠٨ بأوربا ، وعند الشافعي في قول يجوز التعزيـــر بأخذ المال ، الحسبة في الاسلام - ص ٤٠ ، وحاشية الشبراملسى على شرح المنهاج - جـ ٧ - ص ١٧٤ ، وفيها : " ولا يجوز علـــى الجديد بأخذ المال "، كما انه جائز في قول مشهور في مذهـــب الامام مالك ، راجع : الحسبة في الاسلام - المكان نفسه ، تبصرة الحكام لابن فرحون - على هامش فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك - جـ ٢ - ص ٣٦٧ وما بعدها ، حيث ذكـــر أمثلة عديدة للعقوبات المالية ، وقد جاء فيه : والتعزير بالمـــال قال به المالكية ، كما انه في مذهب أحمد مشروع باتفاق فـــي مواضع وباختلاف في مواضع أخرى ، الحسبة - نفس المكان ، وراجع : كشاف القناع - جـ ٤ - ص ٧٤ وما بعدها حيث يقول : "والتعزيـــر بالمال شائع اتلافا واخذا ، وقول الموفق : لا يجوز أخذ مالـــه اشارة الى ما يفعله الحكام الظلمة ، وراجع في مشروعية التعزير بالمال ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعـــي - جـ ٢ - ص ٢٠٨ ، والفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجـــب للامام مجد الدين أبي الفتح الحنفى المعروف بالاستروشـــني المتوفى سنة ٦٣٢ هـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع بمكتبة بخيســـت بالأزهر رقم ٤٦١٠٣ ص ٧ وما بعدها ، ومحمد بن عابديـــن الأنصارى الخزرجي السندى ثم اليمنى المتوفى سنة ١٢٥٧ هـ ، شرح على الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ بمكتبة الرافعـــي بالأزهر - جـ ٦ ورقة ٦٠٤ وما بعدها ، والشيخ أحمد فهمـــي أبو سنه ، العرف والعادة عند الفقهاء - ص ١٩١ - مطبعـــة الأزهر ، والدكتور عبد العزيز عامر - التعزير في الشريعـــة

بالعقوبات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه ، ومذهب أحمد وأحد قولي الشافعي ،كما دلت عليه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنه أخذه شطر مال مانع الزكاة ، كما جاء في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " في كل سائمة ابل في أربعين بنت لبون لا تفرق ابل عن حسابها ، من اعطاها مؤتجرا بها فله أجرها ، ومن منعها فانا أخذوها ، وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء "(١) ، حيث دل هذا الحديث على جواز العقوبة بالمال (٢) ، ومنه تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان

— الاسلامية ، الطبعة الخامسة ١٩٧٦ ، فقرة ٣٤١ وما بعدها - دار الفكر العربي ، ونيل الأوطار للشوكاني - جـ ٤ - ص ١٣٨ ، وما بعدها ، وقد جاء في معين الحكام - للامام علاء الدين ابن أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م ، ص ١٩٥ : " مسألة : يجوز التعزير بأخذ المال ، وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك ، ومن قال ان العقوبة المالية منسوخة فقد غلط نقلا واستدلالا ، وليس بسهل دعوى نسخها " ، وقد جاء في الطرق الحكمية . . لابن قيم الجوزية - تحقيق د . محمد جميل غازي - ص ٣٨٦ :" واما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضا في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي ،وقد جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بذلك " .

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وصححه الحاكم ، وعلق الشافعي رضي الله عنه القول به على ثبوته ، راجع : سبل السلام للصنعاني - جـ ٢ - ص ٢٤٣ - طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) سبل السلام للصنعاني - جـ ٢ - ص ٢٤٥ ، وقارن ما ذهب اليه د . محمد سعيد البوطي - السابق - ص ١٥٦ وما بعدها .

الذى يباع فيه الخمر ونحو هذا كثير يدل على التعزير بأخذ المال أمر جائز (١) .

٣٧٥ — وقد قرر ذلك الفقهاء الذين احتج المانعون بأقوالهم ، يقول ابن قاسم في حاشيته على الروض المربع تعليقا على قول المصنف :(٢) وتحريم تعزير بحلق لحية ، وقطع طرف أو جرح أو أخذ مال أو اتلافه :" قالوا : لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يقتدى به ، وقال الشيخ وابن القيم وغيرهما : يجوز بأخذ مال واتلافه ،فالتعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع منصوصه : كسلب الذى يصطاد في حرم المدينة لمن وجده ، وكسر دنان الخمر وشق ظروفه ، وهدم مسجد الضرار ، وتضعيف الغرم على من سرق من غير حرز وحرمان القاتل سلبه لما اعتدى على الأمير ، وتحريق المكان الذى يباع فيه الخمر وتحريق قصر ابن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية ،واراقة اللبن المغشوش ونظائرها (٣) .

٣٧٦ — وأما دعوى نسخ العقوبات المالية ، فلم يرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وان أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته لدليل على ان ذلك لم ينسخ ، ومدعى النسخ ليس معه حجة شرعية من كتاب ولا سنة ، والتعزير بالمال جائز على أصل أحمد لأنه لم يختلف أصحابه ان العقوبات في المال غير منسوخة كلها ،وأما قول

---

(١) الحسبة في الاسلام ـ لابن تيمية ـ ص ٤٩ ، واعلام الموقعين له ـ جـ ٢ ـ ص ٩٨ ، والطرق الحكمية ـ لابن القيم — ص ٢٢٦ وما بعدها ، وراجع : د . عبدالعزيز عامر ـ في رسالته : التعزير في الشريعة الاسلامية ـ ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) الشيخ منصور البهوتى ـ في الروض المربع ـ مطبوع مع حاشية ابن قاسم ـ جـ ٧ ـ ص ٣٥٠ .

(٣) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ـ ص ٢٥٠ .

أبي محمد المقدسي : ولا يجوز أخذ ماله : أي المعزر ،فاشارة منه الى ما كان يفعله الولاة الظلمة (١) ، وقد قال صاحب معين الحكام والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال . (٢) .

ويقول ابن قدامة في المغني : " والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب اذا رآه الامام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم انه لا ينزجر الا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد "(٣) .

وأما ما قيل من المنقول عن المذهب الحنفي رواية ضعيفة قال بها أبو يوسف ولا تجوز الفتوى بها (٤) ، فمردود بأن ضعف الرواية قد تقوى بما نقل من عمل الصحابة ، وتأيد بفتوى االمتأخرين من الحنفية وغيرهم ، وأخذ ابن القيم به ، وقد نص الفقهاء على أن العمل بالقول الضعيف في المذهب يجوز اذا نص الحاكم على ذلك ، وقراره يرفع النزاع (٥) ، كما يجوز العمل بالضعيف في مواطن الضرورة ، هذا الي أن القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة من مصالح الأمة لا يبقى ضعيفا ، بل يصير راجحا "(٦) .

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : الطرق الحكمية - لابن القيم - ص ٢٦٦ - دار الكتب العلمية ، والأحكام السلطانية للماوردى - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية .

(٢) الطرابلسي - معين الحكام - ص ١٩٥ ، والحسبة لابن تيمية - المكان السابق ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٣ - ص ٢٧٥ .

(٣) المغني لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٣١٦ .

(٤) ابن عابدين - المرجع نفسه .

(٥) راجع في هذا المعنى : د . محمد فوزى فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - السابق - ص ١٤١ .

(٦) الشيخ محمد مصطفى المراغي - بحوث في التشريع الاسلامي ، مطبوعة سنة ١٩٢٧م /١٣٤٦هـ - ص ٢٩ .

٣٧٧ — خلاصة هذه الدراسة :

ان التعزير بأخذ المال جائز ، واذا كان الذين قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال قد بنوا رأيهم هذا على عدم جواز التعزير بالمال يكون مردودا بما سبق ، ويكون بناء على ذلك أمرا جائزا .

٣٧٨ — ثانيا : واما ما استدلوا به ثانيا من أن في تقرير التعويض من الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوى هذا التقرير على اضافة أمر زائد على ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا تحت مسمى الضرر الأدبى ، بما سيؤدى اليه ذلك من اعتباط في تقدير التعويض من القضاة وتوزيعه على غير مقتضى أحكام الميراث وبناء على ما نال المضرور من حزن ، يمكن أن يقال لهم ان ما تقولونه أمر صواب ، ونحن نوافقكم عليه ، الا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الأدبى بحيث لا تتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير عن الشارع ، ويقتصر أمره على غير ما ورد فيه نص عن الشارع أو تنظيم له ، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فانه يكون هو الواجب الاتباع .

٣٧٩ — ثالثا : واما ما استدلوا به ثالثا من أن الضرر الأدبى من الأمور الاعتبارية التي لا يمكن مقابلتها بالمال ، فمردود بأن مقصود الشارع من التعويض هو المواساة للمضرور ، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه ، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبى ، والضرر المالي على حد سواء .

٣٨٠ — الرأى الراجح في نظرنا :

وبالنظر في أدلة كل قول نجد أن أدلة القائلين بعدم مشروعية

التعويض عن الضرر الأدبى قد ورد عليها من المناقشات ما يقلل من الطمأنينة اليها ، كما ان ما ورد على أدلة القائلين بالمشروعية من مناقشات لم يرق للنيل مما استدل به أصحاب هذا القول من أدلة الشريعة ، مما يجعل القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبى بالمال أمرا جائز في نظرنا بشرط ألا يكون في أمر قد ورد عن الشارع فيه تقدير محدد ، ووفق الضوابط التي قررها الفقهاء على نحو ما سنرى .

• •

الباب الثاني

مضمـــون التعـويض عن الضرر الادبي ونطاقه
في الفقـهين الاسلامي والوضعـي

٣٨١ ــ نتناول في هذا الباب دراسة الموضوعات الـــــتي تتصل بمضمون التعـويض عن الضرر الأدبى ونطاقه ، وهى تتمثـل فـــي أساليب التعـويض ، وكيفيـــة تقديره ، وطبيعته ، ومدى انتقاله الـــى الورثة ، ولذلك فان خطة دراسـة هذا الباب سوف تنقسم الى الفصلين الآتيـين :

الفصـل الأول :

أساليــب التعـويض عن الضرر الأدبي وكيفيـة تقديره .

الفصـل الثاني :

طبيعـة التعـويض عن الضـرر الأدبى ، ومدى انتقالــــــه الى الورثـة .

الفصل الأول

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي وكيفية تقديره

٣٨٢ — وهذا الفصل ينقسم الى مبحثين ، نخصص أولهما : لبيان أساليب التعويض عن الضرر الأدبي ، وثانيهما : لبيان كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي .

(المبحث الأول)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي

(المطلب الأول)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي
في فقه القانون

٣٨٣ — من الأمور التي ينبغي أن نشير اليها بداية اننا ونحن نتكلم عن تعويض الضرر الأدبي : أن نستبعد الكلام عن الاحكام العقابية المقررة للجرائم الماسة بالشرف والاعتبار كالقذف والسب ،في الفقهين الاسلامي والوضعي ، ذلك ان الوضع الطبيعي لدراسة هذه الاحكام هو باب الجنايات في كل من الفقهين ، لأن الكلام عن التعويض يتصرف الى التعويض بمعناه الخاص الذى يتوخى تعويض المضرور عما أصابه ، دون التركيز على عقاب المسئول (١) ، وبهذا القدر تبتعد فكرة التعويض عن الجزاء الجنائى ، الذى يقوم على فكرة العقاب الخاص ، لأن العقاب يقوم على فكرة الخطأ مجردة ومجازاة الجانى على مقدار ما سلف منه من خطأ ، مع ما يدخل في الاعتبار أن تكون العقوبة زجرا للغير عن ارتكاب مثل ما صنع (٢) .

٣٨٤ — التعويض يختلف عن العقوبة :

وبناء على ذلك يكون المقصود بالتعويض جبر الضرر الذى لحق المضرور (٣) ، وهو يختلف في ذلك عن العقوبة ، لأن هذه يقصد بها مجازاة الجانى عن فعلته وردع غيره وان ذلك يترتب عليه آثار يتغير بمقتضاها تغيير أسس تقدير الجزاء في كل من الجانبين ،المدنى والجنائى ، حيث يقوم الأول على مدى الضرر ، بينما يقوم الثاني على أساس جسامة الخطأ ، صحيح ان التعويض التزام جزائى يفرضه

---

(١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٦٩١ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ٥٠٧ .

القانون على كل من سبب بخطئه الثابت أو المفترض ضررا للغير بجبر الضرر الذى لحق المضرور ، لكنه جزاء مدنى وفي اطار العلاقات الخاصة (١) .

٣٨٥ ـ أنواع التعويض عن الضرر :

وأنواع التعويض عن الضرر تختلف باختلاف نوعه وما اذا كان الضرر ماديا أو أدبيا ومن المعروف ان تعويض الضرر المالى أمره سهل ، لأنه مقدر بمقدار الضرر ، وهو أمر يمكن الوقوف عليه من خلال ما رسمته المادة (١/٢٢١) من التقنين المدنى المصرى بقولها : " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر في الوفاء به" ، فالمادة المذكورة قد رسمت الطريقة التي يستطيع بها القاضى أن يقدر الضرر على نحو يصيب فيه مقصد القانون .

لكن الأمر في مجال التعويض عن الضرر الأدبى مختلف ، لأن التقدير فيه يقوم على اعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر ، ولئن كان فيها ما يستوجب التفاوت في القيمة من جراء اقتران الضرر الأدبى بضرر مالى غالبا ، فان القيمة المادية ثانوية في تقدير الضرر الأدبى ، أو لعلها كما يرى جانب من الفقه تعد مؤشرا من المؤشرات التي يمكن بمقتضاها تقدير قيمة التعويض عن الضرر الأدبى .

---

(١) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها .
د . أنور سلطان ـ الموجز في النظرية العامة للالتزام ـ ص ٣٥٦ حيث يعنون للتعويض : بأنه جزاء المسئولية ، وهو جزاء مدنى بالطبع .

ولئن كان التعويض العينى صورة يمكن الأخذ بها في مجال التعويض عن الضرر الأدبى ، الا ان نطاقها فيه سيكون محدودا بصور معدودة للضرر الأدبي ، الا أن التعويض بمقابل سيظل هو ميدان التقدير في الضرر الأدبى ، ونظرا لأنه يتعلق بتقدير قيم أدبية وكيانات معنوية ، فانه سيظل في طريقة تقديره مختلف عن الضرر المادى كما سبق القول ، وفي هذا المطلب سوف نبين أنواع التعويض عن الضرر الأدبى وهى على الجملة نوعان ، أولهما : التعويض العينى عن الضرر . وثانيهما : التعويض بمقابل ، والضرر الأدبي في هذا الصدد يمكن القول انه كالضرر المادى من ناحية الطرق التى يمكن أن يعوض بها مع اختلاف طبيعة كل منهما حيث يرد الأول على الذمة المعنوية للشخص ، بينما يتقرر الثاني على الذمة المالية ونخصص لكل نوع فرعا .

• •

(الفـرع الأول)

التعويض العيني للضرر الأدبـي

٣٨٦ — ومحل الالتزام بهذا التعويض ، قيام المدين بـه ، المسئول عن الفعل الضار بأداء للدائن المضرور يجبر به الضرر الـذى لحقه بسبب الفعل الضار ، وقد نصت على هذه الطريقة من تعويـض الضرر بنوعيه المادى والأدبى ، المادة (١٧١) من التقنين المدنـى المصرى بقولها : " يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطا ، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا . . . ثم تقول المادة : على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضـرور أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض" ، وقد نصت على هـذا المعنى المادة (٢٠٩ مدنى عراقى) ، والمادة (١٣٦ مدنى لبنانى) وهى تقضى : "بأن يكون التعويض في الأصل من النقود ، ويخصص كبدل عطل وضرر غير انه يحق للقاضى ، أن يلبسه شكلا يكون أكثر موافقة لمصلحـة المتضرر فيجعله حينئذ عينيا ، ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقـة النشر في الجرائد " .

وبناء على ما ورد في المادة (١٧١) مدنى مصرى سالفـة الذكر وما يقابلها في التقنينين العراقي واللبنانى يستبين أنه يجـوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض العينى في دعاوى القذف والسب بنشر الحكم القاضى بأدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا الحكـم يعتبر تعويضا عينيا عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى (١) ، بـل ان

---

(١) الوسيط للسنهورى - جـ ١ - فقرة ٦٤٤ ، د . عبد المنعم فـرج الصده - السابق - ص ٢٢١ ، د . حسام الدين الاهوانـى - الحق في الخصوصية - السابق - ص ٤٣٢ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٥٠٦ وما بعدها ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣١ ، وراجع : حكم محكمة النقض في ١٥ / ٣ / ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ٦٣٦ - ١٠٠ ، ومجموعة الاعمـال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٢٩٦ وما بعدها .

الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصار على ذلك قد اعتبر تعويضا كافيا من الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدى لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذى تضمنه، وقد أجاز المشرع الفرنسى الأخذ بهذا النوع من التعويض، بنصه في المادة ٨٠٩ مرافعات مدنى على أنه يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ اجراءات اعادة الحالة الى أصلها، لوقف التعرض الواضح عدم مشروعيته (١).

---

(١) ستارك ـ مشار اليه . في د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٢، وراجع : د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٥٣ حيث يقرر انه : " كما يبدو ولا صعوبة في التسليم بأن الضرر الأدبى يوجب التعويض اذا توافرت فيه الشروط اللازمة، اذا كان يكفى التعويض الأول لجبره، كالنشر في الصحف، أو تقديم اعتذار أو الحكم بمبلغ رمزى (قرش واحد مثلا) في حالات القذف والسب اذ يكون الجزاء من جنس العمل . وقد قضت محكمة استئناف مصر في ٤ يوليو سنة ١٨٩٣ م بالزام المسئول عن الضرر الأدبى بمبلغ زهيد كتعويض رمزى، وقضت في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ اذا تبين ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الأدبى فلا محل للحكم بتعويض مالى، كما قضت محكمة استئناف اسكندرية المختلطة بأنه : يعتبر تعويضا أدبيا كافيا لجبر الضرر الأدبى الزام المسئول بمصروفات الدعوى أو الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة .

(استئناف مختلط في ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م، وأول مارس سنة ١٩٠٥ م)، وراجع : د. توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٧ .

٣٨٧ - حق الرد أو حق التصحيح :

ومن تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي ، حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوي على مساس بحق من الحقوق الأدبية ، حيث تذهب معظم قوانين الصحافة في العالم الى اعطاء الافراد الحق في الرد على ما تنشره الصحيفة وتلزم الصحيفة التي نشرت المقال أو ا لتحقيق الصحفي بنشر الرد الذى يرد لها من صاحب الشأن ، وقانون الصحافة الفرنسي يستعمل حق الرد ،أو الحق في الرد . droit de reponse بالنسبة لما يطلب الافراد نشره ، بينما يستعمل قانون المطبوعات المصرى تعبير حق التصحيح ، وهذا التعبير نفسه يستعمله القانون الفرنسي لما تطلب السلطات العامة نشره ، والذى يعادل في القانون المصرى نشر البلاغات الرسمية (١). والمادة (٢٤) من قانون المطبوعات المصرى تقرر انه : على رئيس التحرير أو المسئول أن يدرج بناء على طلب ذوى الشأن تصحيح ما ورد ذكره من الوقائع أو سبق نشره من التصريحات في الجريدة ، وينشر التصحيح في نفس المكان وبنفس الحروف التى نشر بها المقال المطلوب تصحيحه ، ويجب أن ينشر التصحيح في خلال ثلاثة أيام لاستلامه ، أو على الأكثر في أول عدد يظهر من الجريدة .

ويبدو مما ذكرته المادة (٢٤) ان حق التصحيح ينشأ عن كل ما ينشر في جريدة أو مجلة دورية ، فعنصر الدورية يبدو واضحا من ضرورة نشر الرد خلال ثلاثة أيام أو في أول عدد ، ولا مشكلة اذا كان الاعتداء على الحق الأدبي قد تم بواسطة احدى الصحف والمجلات ، حيث يستطيع المعتدى عليه أن يمارس حقه في التصحيح فيرسل تصحيحا لما نشر (٢) .

---

(١) د . حسام الدين الاهوانى - السابق - ص ٤٢٥ - هامش ١١٢ .

(٢) د . حسام الدين الاهوانى - السابق - ص ٤٢٦ .

وممارسة الحق في التصحيح يبدو فعالا في حالة ما اذا كان المقال أو الخبر يمس سمعة الشخص أو شرفه أو شخصه ،أى أن ينشر اليه ما قد يسيء الى سمعته او اعتباره ، أو نشر ما لا يجوز نشره كالحق في الخصوصية ، والقانون يعطى لصاحب الشأن الحق في الرد دون حاجة للجوء الى القاضى ، واللجوء الى القاضى لا يكون الا لاحقا لطلب نشر التصحيح اذا ما رفضت الجريدة نشره أو حدث خلاف حول توافر الشروط القانونية (١) .

٣٨٨ ـ المساس بالحق الأدبى في كتاب :

واذا كان المساس بالحق الأدبى قد تم عن طريق كتاب ، أى عن طريق الدوريات فان الفقه والقضاء قد استقر في مصر وفرنسا على أنه لا يجوز اعمال حق الرد طبقا لأحكام قانون الصحافة أو المطبوعات دون اللجوء للقاضى ، فالرد بهذه الصورة لا يتصور الا حيث يكون المطبوع دوريا أى لا يكتمل ولا ينتهى بصدوره مرة واحدة ، ومن ثم يصعب القول بالرد حيث لا يتتابع صدور المطبوع فأين ينشر الرد اذا كان المطبوع قد ظهر وانتهى واكتمل نهائيا ؟ .

في هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى عليه حيث يلزم الناشر بأن يضيف الى الكتاب سواء في صدره أم في نهايته تعقيبا أو ردا من المعتدى على حقه الأدبى ، أو حقه في الخصوصية على صفحات الكتاب ، ويحدد القاضى حجم

---

(١) المرجع السابق - ص ٤٢٧ ، وراجع : الوسيط للسنهورى - جـ ١ - ص ٩٦٧ - فقرة ٦٤٤ . وقد أشارت مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٣٩٦ وما بعدها الى أن للقاضى أن يحكم بأداء معين على سبيل التعويض ، كان بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه أو بنص في الحكم على أن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر سبا وافتراء ، وتقرر المجموعة ان هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ، ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف .

ومضمون الرد ، ولكن بشرط أن يكون هناك اعتداء [1].

ومن المؤكد أن كفالة حق الرد على من اضير في سمعته أو عرضه أو شرفه على صفحات الجرائد السيارة أو الدوريات يعتبر تعويضا عينيا يعالج بعضا من صور التعدى على الحق الأدبى ، وليعالج التعويض بمقابل بقية الصور .

٣٨٩ ـ شروط الحكم بالتعويض العينى :

وقد وضع الفقهاء شروطا للتنفيذ العينى استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العينى بصفة خاصة واداء الالتزامات بصفة عامة ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلى :

٣٩٠ ـ أولا : أن يكون الحكم بالتعويض العينى ممكنا : وهذا الشرط مستفاد مما ذكرته الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) مدنى مصرى حيث قيدت ما نصت عليه من اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، بأن يكون ذلك ممكنا ، وكذلك ما تنص عليه المادة (٢١٥) مدنى من أنه ، اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه (٢) .

(١) المرجع السابق ـ ص ٤٢٨ ، وقد أشار الى حكم محكمة باريس الابتدائية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٣م والذى قضى بضرورة وضع ورقة في أول جميع نسخ الكتاب الموجودة لدى الناشر أو الموزعين تتضمن تصحيحا لبعض المعلومات الخاطئة التي وردت في الكتاب والتي تنطوى على مساس بحق انسان . ولا يخلو هذا الاجراء من صعوبة في التنفيذ تقلل من جدواه .

(٢) د . اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام ـ ص ١١٢ حيث يمثل لذلك بامكان الرجوع عن العمل ، أما اذا كان لا يمكن الرجوع فيه كما في افشاء طبيب سر المهنة واشاعته عن شخص انه مريض فلا يمكن التعويض العينى ، وقارن : الوسيط للسنهورى ـ السابق ـ ص ٧٩٧ ـ هامش ٢ حيث يرى : أن محل التعويض العينى هو العمل الذى يتكرر ، أما العمل الذى لا يتكرر فلا يقبل التعويض العينى .

٣٩١ - ثانيا : أن لا يكون في التعويض العيني ارهاق للمدين :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٠٣) بقولها : " اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فيشترط في التنفيذ العيني امكان حصوله مع عدم ارهاقه للمدين ، فاذا كان الحكم بالتعويض العيني ممكنا ولكنه يرهق المدين بنحو يتجاوز فيه الضرر الذى يلحقه ذلك الضرر الذى يصاب به الدائن ، فانه لا يكون هناك محل لاجبار المدين على التنفيذ العيني (١) .

٣٩٢ - ثالثا : أن يكون التعويض العيني حسبما تقتضيه الظروف :

وقد أشارت الى هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة (١٧١) مدنى مصرى ، حين نصت على أنه : " يجوز للقاضي تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض فاذا كان تنفيذ الالتزام بعمل غير ممكن عينا أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ، وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع من ذلك ، وذلك كما في امتناع مسئول الجريدة عن نشر الرد المرسل من المضرور(٢)، واذا كان تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل كما في التزام المدين بعدم التعرض للحياة الخصوصية للمضرور ، أو قام بنشر صورته بدون اذنه ، أو قام بتحريف بعض التصريحات التى تسيء اليه ، فان التنفيذ العيني للتعويض يتمثل في قيامه بنفسه بتصحيح ما صدر منه ، كما يجوز أن يحكم بأداء أمر معين ، على ما يقضي به من نشر حكم الادانة بالصحف في دعوى القذف (٣) .

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المرجع السابق - ص ٥٢٨ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٥٣٩ .

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٥٣٠ .

٣٩٣ — رابعا : أن يطلب المضرور التعويض العينى :

وقد أشارت الى هذا المعنى المادة (١٧١) مدنى بقولها : وللقاضى أن يحكم بالتعويض عينا ما دام يراه أيسر في نفاذه وأجدى للمضرور، ولو كان المضرور ، قد طلب التعويض بمقابل ، كما أن للقاضي أن يحكم بالتعويض بمقابل غير ذلك المقابل الذى طالب به المضرور، ولا يعتبر هذا حكما بما لم يطلبه الخصوم ، اذ أن الحكم يقوم على تعويض الضرر موضوع النزاع وانما بوسيلة أخرى ولكن اذا طلب المضرور تعويضه عينيا ،فانه يتعين على القاضى أن يحكم به ، وكذلك للمسئول أن يعرض التعويض العينى فيقضى به (١) .

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(الفـرع الثانـــي)

التعويض بمقابل للضـرر الأدبـــي

٣٩٤ — يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي هو أحـــد صور التعويض عنـه ، بـل هو الصورة الثانية والغالبة لتعويض الضـــرر الأدبي ، حيث أن التنفيذ العيني لا يغطي كل صور الضرر الأدبـي ومن ثم فانه يترك مساحة واسعة لصور هذا الضرر حتى يأتي التعويض بمقابل ليغطي هذه المساحة .

والتعويض بمقابل قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه ويندفع به الضرر ، وقد يكون بمقابل نقدي ، ولمحكمـة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة التي ترى انها الأنسب لاصـلاح الضرر باعتبارها تعويضا بمقابل (١)، ومثال التعويض بمقابل غير نقـــدي ما تقضي به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصـــادر بأدانة المسئول في الصحف (٢) ، غير ان التعويض النقدي هو أكثـــر طرق التعويض ملاءمة لاصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع ، والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة للمضرور ، الا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقـــدي مبلغا مقسطا أو ايرادا مرتبا لمدى الحياة والمسألة في ذلك راجعة الى تقدير القاضي دون توقف على طلب المضرور (٢) ، والأصل أن يكـــون التعويض النقدي مبلغا من النقود يعطى دفعة واحدة ولكن ليس هنـاك ما يمنع القاضي من الحكم تبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط، أو بايراد مرتب مدى الحياة .

والفرق بين الصورتين ان التعويض المقسط يدفع على أقســـاط

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٥٣٠ ، د . اسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ١١١ - طبعة ١٩٦٧م .

(٢) د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٧ وما بعدها ، د . محمد لبيـــب شنب - دروس في نظرية الالتزام - ص ٤٣١ - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٣ ، د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٣٦٦ ، د . جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - ص ٥٠٦ - طبعة ١٩٨١م .

تحدد ها مدد معينة ويعين عدد ها ، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط نمنها ، أما الايراد المرتب مدى الحياة فيدفع هو أيضا على أقساط تحدد مدد ها ، ولكن لا يعرف عدد ها لأن الايراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ،ولا ينقطع الا بموته ، ويحكم القاضي بتعويض مقسط اذا رأى أن هذه الطريقة هي المناسبة للتعويض ، بأن كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضى له بتعويض مقسط يتقاضاه حتى يبرأ ، ويحكم القاضي بايراد مرتب مدى الحياة اذا كان العجز عن العمل ـ كليا أو جزئيا ـ عجزا دائما ، فيقضى للمضرور بايراد يتقاضاه ما دام حيا تعويضا له عما أصابه من الضرر، ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط والذى يبقى في ذمته مددا قد تطول فقد يرى القاضي أن يلزمه بتأمين ، وفقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة (١٧١) من القانون المدنى الجديد ، وليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال الى شركة تأمين مثلا لتحويله الى ايراد مرتب يعطى للمضرور ، واذا لم يتيسر ذلك يجوز للقاضي الرجوع الى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة ، اذا ان تحديد مبلغ التعويض من سلطة قاضى الموضوع (١) .

---

(١) الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٦٧ وما بعدها ، د . اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٤ ، د . توفيق فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٦ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٣٥ وما بعدها ، د . عبد المنعم فرج الصده ـ السابق ـ ص ٥٢٠ وما بعدها ، د. عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها ، د . محمد لبيب شنب ـ السابق ـ ص ٤٣٠ وما بعدها، د . أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٧ وما بعدها .

..

(المطلب الثاني)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٩٥ — مما هو مقرر في التشريع الاسلامي ان الضرر أيا كان نوعه تجب ازالته ، وذلك عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (١) ، والذى فسره الفقهاء بما يفيد نهى الانسان عن أن يضر أخاه ابتداء ولا جزاء (٢) ، واذا كان ذلك كذلك فان الضرر الأدبى يعد واحدا من الأضرار التي يشملها حكمه ، ويكون منهيا عنه لذلك .

وقد أخذ الفقهاء من هذا الحديث الصحيح عددا من القواعد الفقهية التي تؤكد معناه وتبرز وجوده في مجال التطبيق العملى ، ومن هذه القواعد : الضرر يزال (٣) ، وهي قاعدة من القواعد المهمة التي تعتبر أصلا من أصول ازالة الضرر ، واذا كان الضرر ممنوعا ومنهيا عنه ، كان لا بد من رفعه وازالته ، من خلال مشروعية التعويض عنه ، بما يتوخى ازالة الضرر أو التخفيف من آثاره ، وفي سبيل تحقيق تلك الغاية شرع التعويض عن الضرر ، وتعددت أنواعه في مجال تعويض الضرر الأدبى ، الى تعويض عينى ، وتعويض بمقابل . ونشير الى هذين النوعين بشيء من التفصيل الذى تقتضيه الدراسة . على أن نخصص لكل نوع فرعا .

---

(١) سبق تخريج الحديث في الفصل الثاني من هذا القسم .

(٢) الأشباه والنظائر - لابن نجيم - ص ٨٥ .

(٣) راجع : المادة ٩٠ من مجلة الأحكام العدلية ، والأشباه والنظائر - لابن نجيم - المكان السابق ، والأشباه والنظائر للسيوطى - ص ٨٣ وما بعدها .

(الفرع الأول)

التعويض العينى للضرر الأدبـــي
في الفقه الاسلامـي

٣٩٦ — والفقه الاسلامى لا تمنع أدلته التفصيلية ، وقواعــده العامة ، من ازالة الضرر الأدبي عن طريق التعويض العينى . الــذى يتخذ شكل ازالة عين الضرر ،أو نفى ما اثبته المعتدى لقوله أو خطـه مما ينطوى على مساس بحق من الحقوق الأدبية للمعتدى عليه ، كالقـذف والسب ، أو النيل من سمعته أو التعدى على خصوصياته وليكون النفــى الأخير من المعتدى ماحيا لما أثبته من قول أو فعل ينال من المعتدى عليه في ذمته المعنوية ، ومن صور التعويض العينى ان يفعل بالمعتدى مثل ما فعل ،وهذا ما يؤيده ظاهر النصوص القرآنية ، فقد قال تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١) ، وقال عز مـن قائل : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٢) ، وقال تعالى : " وان عاقبـتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٣) ، ولهذا كان الأصل في التعويض أن يكون بمثل التعدى في الاضرار المالية وغير المالية من الأضرار المعنوية ، الا أن السنة النبوية قد خصصت هذا العموم بما قررته من التضمين بالمثـل ، وليس اتلاف النظير في الضرر المالى بما ثبت انه صلى الله عليه وسلم : قد غرم احدى زوجاته عندما كسرت اناء لصاحبتها اناء بدله ، وقال :اناء بأناء (٤) ، ولا شك ان هذا في الأموال أصلح للجهتين ،لأن المعتدى عليه ، اذا أخذ مثل ماله أو قيمته صار كأنه لم يفت عليه شيء ، لأنـه قد استفاد بما أخذه عوضا عن ماله ،أما اذا تمكن من مقابلة الاتـلاف باتلاف مثله كان ذلك زيادة في اضاعة المال وتوسيعا للضرر بلا فائدة ،

---

(١) سورة البقرة ـ آية ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى ـ آية ٤٠ .

(٣) سورة النحل ـ آية ١٢٦ .

(٤) الحديث رواه أبو داود والنسائي وأحمد ، راجع : مختصـر سنن أبي داود للمنذرى ـ جـ ٥ ـ ص ٢٠١ وما بعدها رقـم ٣٤٢٤ ، مطبوع مع معالم السنن للخطابي ، نفس المكان .

والمعتدى يستوى عنده اتلاف ماله أو اعطاؤه للمجنى عليه لجبر الضرر الواقع عليه (١) .

.. ولماكانت مقابلة الاتلاف بمثله في المال مفسدة لا تجنى من ورائها فائدة فقد عدل عن الاتلاف في المال الى التعويض عنه بمثله ، لكن المعنى في الاضرار غير المالية ، ومنها الضرر الأدبى مختلف ، لأنها تقوم على التشفى الذى يتحتم لازالته أن يذوق المعتدى من الأذى مثل ما فعل ، حتى يذهب الغل من النفوس والغيظ من الصدور ومن ثم بقى هذا الأصل في التعويض عن الاضرار غير المالية ، ولعل في مشروعية القصاص في النفس وما دونها ، وجواز رد التعدى الذى يتخذ شكل السب وغيره بمثله ، ما يدل على هذا المعنى ، قال الله تعالى : " لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم " (٢) ، وقول الله تعالى : " ولمن انتصر بعد ظلمة فأولئك ما عليهم من سبيل ، انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق ، أولئك لهم عذاب أليم " (٣) ، حيث دل هذا القول الكريم على أن من يرد الاساءة بمثلها انتصارا لما وقع عليه من ظلم لا سبيل عليه ، انما السبيل على البادى المعتدى ، الذى يظلم الناس بغيا بدون حق (٤) .

---

(١) في هذا المعنى : رسالة سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات ص ٥٦٥ .

(٢) سورة النساء - آية ١٤٨ ، وراجع في بيان هذا المعنى ، كتابنا : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الادبية - فقرة ١٠٨ - الطبعة الأولى ١٩٩٠م .

(٣) سورة الشورى - الآيتان : ٤١ ، ٤٢ .

(٤) في هذا المعنى : فتح القدير - للشوكاني - جـ ٤ - ص ٥٤١ ، وراجع : د . محمد سراج - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - فقرة ٣٤٨ - ص ٤٣٢ وما بعدها .

٣٩٧ — تطبيقات التعويض العينى للضرر الأدبى :

ولقد جاءت تطبيقات التعويض العينى للضرر الأدبى في الفقه الاسلامى ، في عدد من المجالات التي يوجد فيها هذا الحق ، وليس في كل صوره ، وبالتحديد فقد ورد الكلام عنه في حال التعدى على السمعة ، وفي مجال التعدى على حق الخصوصية ، لكنه مع ذلك يمكن أن يعطى أساسا كافيا لتأصيل هذا النوع من التعويض ، بما يبرز خصائصه . ومن صور التعويض العينى للضرر الأدبى ما يلى :

٣٩٨ — أ — تكذيب المعتدى لما قاله :

من المهم بالنسبة لمن اعتدى على حقه الأدبى أن يكذب المعتدى نفسه ، خاصة اذا كان الاعتداء مسلطا على سمعته أو شرفه واعتباره ، مثل نسبة ما يشين اليه ، من الأمور التي تؤثر على سمعة من نسبت اليه ، كالرمى بالزنا والسب وغيرهما ، الا أنه اذا كان التعدى بالرمى بالزنا يكون مستوجبا للعقوبة الحدية اذا توافرت شروط اقامة الحد على نحو ما قرر الفقهاء ، وقد شددت الشريعة على حالة الرمى بالزنا فأوجبت فيها الحد زجرا لفاعلها ومنعا من اقترافها ولا يجوز اسقاط هذه العقوبة الحدية أو الصلح عنها أو استبدالها بمال ، لأن ذلك يفوت الغرض المقصود شرعا من التشديد على فعلها بتقرير العقوبة ، ومن ثم فانها لا تدخل في مجال التعويض .

أما اذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه ، أو كان الرمى بغير الزنا مما يؤثر في سمعة المرء وينال من شرفه وكرامته ، فان عقابه يكون بالتعزير . يقول صاحب بدائع الصنائع : " يجب التعزير بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع ، سواء كانت الجناية على حق لله ، أو للعبد ، بأن يؤذى مسلما بغير حق ، بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب ، بأن قال له يا خبيث أو يا فاسق أو يا فاجر أو يا كافر أو يا آكل الربا يا شارب الخمر ونحو ذلك ، فانه يعزر لما تتضمنه تلك العبارات من نسبه ما يشين

اليه ، لأن نسبة هذه الأمور اليه تجعل الناس - على الأقـــل - في حيرة من أمره وسيكونون بعد سماع ما قيل عنه بين مصدق ومكذب فعزر المعتدى دفعا للعار عن المعتدى عليه" (١) .

٣٩٩ - دليل التعويض العيني للسب :

ومما يدل على أن التعويض العيني من أنواع التعزير في حالة السب الذى ينال من شرف الانسان وعرضه مما لا يرقى لاقامة الحـــد عليه ، ما رواه عبد الرزاق أن عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل : يا منافق ، نشكاه الى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر بن الخطاب الــى عمرو بن العاص : ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين .وقد ثبتـــت التهمة على عمرو بن العاص بشهادة الشهود واعترافه ، فأمكن عمـــر الرجل من نفسه فعفى عنه ، وفي رواية ان عمر قال لعمر : اكـــذب نفسك على المنبر ففعل (٢) .

٤٠٠ - ووجه الدلالة في هذا الأثـــر :

ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قد أمر عمرو بن العاص أن يكذب نفسه بما نسبه الى المعتدى عليه من وصف النفاق الذى ينال من شرف من ينسب اليه واعتباره ، ويزرى به عند قومه ، والتكذيب نوع مـــن

---

(١) راجع :بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ ص ٦٣ ، حيث يقرر أن المعتدى لو قال له : يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحـــو ذلك لا يجب عليه التعزير ، لأنه قد اذى نفسه والحق العار بها بقذف غيره بما لا يتصور ، فيرجع عار الكذب اليه لا الـــى المقذوف ، وهذا القول موجب للتعزير بحسب العرف الجارى ، لأن وصف المعتدى عليه بذلك مما ينال من كرامته ، راجـــع : البحر الرائق - لابن نجيم - جـ ٨ - ص ٢٤٠ - مطبعة البابـــى الحلبى سنة ١٣٢٤ هـ . وهو المعتبر عند الشافعية ، راجع : تكملة المجموع - جـ ١٨ - ص ٣٦١ .

(٢) د . رويعي الرحيلي - فقه عمر بن الخطاب - جـ ١ - ص ٣٤٥ ، نقلا عن كنز العمال - جـ ٣ - ص ١٢٠ .

التعويض العينى عن الضرر الذى فعل ، وقد امر عمر رضى الله عنه أن يتم التكذيب على المنبر ، ليكون في ذلك ما يمسح معنى الضرر بعد أن تفشت آثاره عند الكافة ـ من نفس المعتدى عليه بالتكذيب على الملأ الذين يخشى نفرتهم مما سمعوه عنه ، أو تغير نظرتهم اليه ، وهذا هو معنى التعويض العينى الكامل الذى قال به فقهاء القانون ، تشبه التكذيب الذى تنشره الصحف مما يمس سمعة المضرورين أو شرفهم ، واعتبارهم ، ومن ثم يعتبر هذا الأثر دليلا واضحا على ذلك .

٤٠١ ـ التعويض العينى للغيبة :

ولما كان في الغيبة ذكر للانسان بما يكره ، الأمر الذى يدل على أن فيها نيلا من عرضه واعتباره وسمعته ، فان النبى صلى الله عليه وسلم يقول فيما رواه عنه أنس رضى الله عنه قال : " كفارة من اغتبته أن تستغفر له " (١) ، وقد روى الحديث من طريق أخرى بمعناه ، والحاكم من حديث حذيفة والبيهقي قال : وهو أصح ، ولفظه قال : " كان في لساني ذرب على أهلى ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أين أنت من الاستغفار يا حذيفة ؟ ، انى لاستغفر الله في كل يوم مائة مرة " (٢) .

وقد دل هذا الحديث على أن الاستغفار من المغتاب لمن اغتابه يعد من أنواع الكفارات عن اثم الغيبة . وفي الاستغفار ما ينطوى على اقرار بالذنب من المعتدى ، وهو ما يتضمن تطهير ساحة المعتدى عليه مما يكون قد ناله من طعن في سمعته أو نسبة ما يكره اليه وقد فصل الشافعية فقالوا : اذا علم المغتاب وجب الاستحلال منه ، ومما يدل على ذلك ما أخرجه البخارى من حديث أبي هريرة مرفوعا :

(١) رواه الحارث بن أمامة باسناد ضعيف ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مسنده ، والبيهقي في شعب الايمان وغيرهما بألفاظ مختلفة من أحاديث انس ، راجع : سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٤٠٠ .

(٢) سبل السلام ـ المكان نفسه ، وذرب اللسان آفاته .

من كان عنده مظلمة لأخيه في عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون له دينار ولا درهم ... الحديث "(١) ، والحديث دال على وجوب الاستحلال وان لم يكن المعتدى عليه قد علم ، والاستحلال نوع من الاعتذار الذى ينطوى على معنى التكذيب لما اعتدى به على عرض المسلم ، فهو أشبه بنوع من التعويض العينى .

٤٠٢ — نطاق الالتزام بالتعويض العينى :

ومن حرص التشريع الاسلامى على رفع الضرر عمن اعتدى عليه في عرضه بالغيبة ، ان جعل نطاق الالتزام بالتعويض غير قصر على المعتدى ، بل جعله واجبا أيضا على من يقع التعدى أمامه ، حيث أوجب عليه أن يرد الطعن الذى رمى به اخوه . وذلك فيما روى عن أبي الدرداء أنه صلى الله عليه وسلم قال : " من رد عن عرض أخيه بالغيب رد الله عن وجهه النار يوم القيامة " (٢) ، حيث دل هذا الحديث على وجوب الرد على من اغتاب أخاه عنده ، وهو واجب لأنه من باب الانكار للمنكر ، ولذا ورد الوعيد على تركه . كما أخرجه أبو داود : ما من مسلم يخذل امرءا مسلما في موضع تنتهك فيه حرمته وينتقص من عرضه ، الا خذله الله في موطن يجب فيه نصرته "(٣) ، وأخرج أبو داود وأبوالشيخ أيضا : " من حمى عرض أخيه في الدنيا بعث الله له ملكا يوم القيامة يحميه من النار " ، وأخرج الأصبهانى : " من اغتيب عنده اخوه فاستطاع نصرته فنصره نصره الله في الدنيا والآخرة ، وان لم ينصره أذله الله في الدنيا والآخرة " (٤) ، ولا يخفى ما تدل عليه تلك الأحاديث من وجوب رد التعدى على العرض حتى ولو لم يطلب المعتدى عليه ذلك ، ولئن كان النظام القانونى يقضى بأن يتقدم المضرور بتصحيح لما نسب اليه الى الجهة التي تم النشر فيها ، فان مضمون تلك الأحاديث فيه ما يدل

---

(١) المرجع والمكان السابقان .
(٢) المرجع نفسه — ص ٤٠٩ .
(٣) المرجع نفسه — ص ٤١٠ .
(٤) المرجع والمكان السابقان .

على ما هو أكثر حفظا لعرض الانسان وسمعته من هذا ، حيث يجعل هذا التصحيح واجبا على من حضر واقعة التعدى ، ولو لم يطلبه المعتدى عليه ، بل ولو لم يكن حاضرا .

٤٠٣ - ب - التعويض العينى للتعدى على حق الخصوصية :

ومن صور التعويض العينى للضرر الأدبى ما قرره الفقهاء من ازالة مصدر الضرر الأدبى ، الذى يتمثل في الوسائل التي يمكن أن يعتدى منها الجار على حق جاره في الخصوصية ، ولئن كانت الفروع الفقهية الواردة في هذا الخصوص تقتصر-بحكم الظروف التي صنفت فيها مصادرها العلمية - على الأسباب البسيطة التي تؤدي الى أذى الجار، مثل احداث شباك في البناء ،أو احداث فتحة يمكن أن يطل منها على عورات جاره ، كالنظر الى النساء في صحن الدار ،أو المطبخ أو البئر اللائى يجتمعن عنده لاغتراف الماء وهو مما جرت العادة بأن يقوم به النساء لكن هذا المثل وغيره ، رغم بساطته يعد المدخل لتأصيل كل ما أسفرت عنه العلوم من أدوات التجسس المختلفة ، والتي تعتبر أسبابا مباشرة للتعدى على حق الانسان في الخصوصية ، لتكون كل تلك الأدوات على تقدمها وتنوعها وخطورتها مشمولة بحكمة في التعويض العينى الذى يقضي بازالتها .

٤٠٤ - آراء الفقهاء في التعويض العينى للتعدى على حق الخصوصية :

واذا كان التعدى على حق الانسان في الخصوصية يتمثل في القيام ببعض الأعمال التي يتمكن بها من النظر الى عورات الجار على نحو ما ذكره فقهاء المالكية في حكم احداث غرفة يطلع منها على اسطوان داره: انه يمنع من ذلك ،وعللوا المنع بأن الأسطوان هو دهاليز الدار التي يجلس فيها أفراد الأسرة وخاصة النساء مع شيء من التخفف في ملابسهن ، مما يؤدى الاطلاع الى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه حيث لا يأمنّ رؤية الجار لهن ، وفي مثل ذلك احداث علو يشرف منه على دور الجيران (١) ، وقد اختلف الفقهاء في وجوب سد ما

---

(١) تبصرة الحكام - لابن فرحون- ج ٢- ص ٣٦٥ .

يحدثه الجار في بنائه من فتحات أو شبابيك يمكن منها أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته وذلك على قولين :

٤٠٥ — أولهما : للمالكية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية :

وحاصل قولهم : ان المالك اذا أراد أن يفتح طاقة أو فتحة في ملكه تشرف على جاره بحيث يمكن بها الاطلاع على خصوصيات الجار والنظر الى نسائه فانه يجب ان تسد تلك الفتحة ترجيحا لجانب حق المضرور في الخصوصية على حق المعتدى في فتح الكوة أو الطاقة أو الشباك والذى قد يرمى من ورائه الى تحقيق مصلحة مرجوحة تتمثل في دخول الضوء أو الشمس أو الهواء الى ملكه ، وبوجوب سد تلك الفتحة ذهب المالكية والحنابلة ، وبعض فقهاء الحنفية (١) ، الا أن المالكية قد قيدوا وجوب الازالة بعدة شروط :

٤٠٦ — الأول : أن يكون احداث الفتحة مما يمكن أن يؤدى الى أذى الجار :

ليس كل عمل يحدثه المالك في ملكه يمكن أن يؤدى الى أذى جاره ، واذا كانت علة المنع من احداث الفتحة هي الأذى الذى يمكن أن يحدث للجار في انتهاك خصوصيات حياته ، فاذا كان احداث الفتحة لا يؤدى الى هذا العمل المحرم فيجوز عمله .

---

(١) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ - ص ٣٤١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣٧٦ ، وفتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية - ج ٢ - ص ٢٥٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٤ - ص ١٩٦ ، وراجع في هذا المعنى : جامع الفصولين - لابن قاضى سماوه - ج ٢ - ص ٢٦٨ - الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

وضابط ذلك : أن يكون منزل المالك قريبا من ملك جـــاره بحيث يتبين الأشخاص وتتميز الصور ، فيعرف زيد من عمر ، والذكر من الأنثى ، والحسن من القبيح والا فلا يقضى بازالته (١) .

٤٠٧ — الثاني : أن يكون فتح الكوة حادثا :

ويشترط لازالة الكوة أن يكون فتحها لاحقا على استقرار حـــق الجار ، فلو ان الفتحة كانت قديمة ، فان الجار لا يلزم بازالتها لأن حقه أسبق وقد جاء في البهجة : وقولي في الحادث احتراز مـــن القديم ، فانه لا تقضى بازالته على المشهور ولو لم تكن فيه منفعـــة ، قال في المدونة : فأما كوة قديمة أو باب قديم ، لا منفعة له فيه ولا مضرة على جاره فانه لا يمنع منه (٢) .

٤٠٨ — ما يستثنى من هذا الشرط :

ويستثنى من حكم هذا الشرط ، وهو عدم المنع اذا كانـــت الفتحة قديمة وليست حادثة ، فيمنع من الاطلاع ولو كان مصدر اطلاعه قديما على ملك الجار المتضرر من النظر ، اذا كان التعدى يجيء مـــن صعود المؤذن للمنارة ومنها يمكن أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته ،

---

(١) البهجة شرح التحفة — حـ ٢ — ص ٣٣٨ ، وحاشية التاودى عليها نفس المكان — الطبعة الثانية ١٩٥١ مطبعة البابى الحلبـــى ، والمدونة الكبرى للامام مالك — جـ ١٥ — ص ١٩٧ ، وتبصـــرة الحكام لابن فرحون — جـ ٢ — ص ٢٢٥ ، والمنتقى على الموطـأ — جـ ٦ — ص ٤١ ، معين الحكام — ص ١٩٨ ، والقوانين الفقهيـــة ص ٣٢٧ .

(٢) البهجة — شرح التحفة — نفس المكان ، وراجع كشاف القنـــاع للبهوتى — جـ ٣ — ص ٣٩٦ وما بعدها .

فانه يمنع ، يقول صاحب البهجة : " ويستثنى من القديم المنار ، فانه يمنع المؤذن من الصعود اليه ولو كان قديما حتى يجعل ، ساترا يمنع من الاطلاع على الجيران من كل جهة حتى لا تتبين أشخاص ولا هيئات ولا اثاث قربت الدار أو بعدت (١) .

٤٠٩ ـ الثالث : أن تكون الفتحة أقل من قامة الانسان :

ويشترط للازالة أن تكون الفتحة في متناول قامة الانسان بحيث يكون في استطاعته الاطلال منها على خصوصيات جاره بسهولة (٢) ، وهذا الشرط مخالف لما يمليه الرأى المشهور في المذهب المالكى ، الذى يقضى بالازالة حتى ولو كانت الكوة عالية ، بحيث لا يمكن الاطلاع منها الا بسرير ونحوه ، وهو كذلك على المعمول به كما في المدونة عن مالك قال ابن فتوح وغيره : وبه العمل خلافا لما روى عن عمر رضى الله عنه من أنه يوضع سرير ونحوه من جهة المحدث للكوة وان يقف عليه واقف، فان اطلعه على دار جاره منع من ذلك والا فلا ، وجعل ذلك قيدا (٣).

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وحاشية التاودى على البهجة ـ نفس المكان السابق . وقد ورد في المادة (٦٠ من مرشد الحيران) ، ان الضرر الفاحش يزال سواء كان قديما أو حادثا ، والضرر هنا ضرر فاحش ، ونقا للمادة (٦٢ من المرشد) .

(٢) راجع في هذا الشرط : د . محمد رأفت عثمان ـ الحقوق والواجبات في الاسلام ـ ص ١١٦ ـ الطبعة الأولى ـ دار الكتاب الجامعى .

(٣) البهجة شرح التحفة ـ ج ٢ ـ ص ٣٣٨ . وقد نصت على ذلك المادة (١٢٠٣ من مجلة الأحكام العدلية) بقولها : " اذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الانسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلما وينظر الى مقر نسائه) .

وقد الزم الحنابلة الجار بوضع ستره يمنع بها من الاطلاع علي جاره ، يقول ابن قدامة : " وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبنى سترة تستره ، لأنه اضرار بجاره أشبه ما لو اطلع عليه من شق الباب أو الحائط ، وهذا ضرر منهى عنه عملا بحديث النبى صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (١) .

٤١٠ — ثانيهما : للشافعية وأبي حنيفة والظاهرية :

وحاصل قولهم: إن المالك لا يمنع من التصرف في ملكه، فيجوز له أن يفتح ما شاء من الكواث والفتحات حتى ولو اشرفت على أرض جاره ، ويجب على الجار أن يستر نفسه بأن يبنى في ملكه ما يؤدى الى هذا الستر ، ومع ذلك فان صاحب الكوة ممنوع من النظر والاطلاع على جاره (٢) ، ويقول ابن حزم : ان كل ذى حق أولى بحقه ، ومن ثم له أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف من فتح الكوى والطاقات وغيرها ، الا أنه يمنع من النظر الى جاره ، وما روى من خبر : لا ضرر ولا ضرار ، فانه لا يصح ، لأنه انما جاء مرسلا أو من طريق فيها زهير بن ثابت ،

---

(١) المغني — لابن قدامة — جـ ٤ — ص ٥٧٣ ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه — جـ ٥ — ص ١٦١ ، شرح منتهى الارادات — جـ ٢ — ص ٣٧٢ ، وكشاف القناع — جـ ٢ — ص ٣٦٩ ، وقد نصت المادة (١٤٤٦ من مجلة الأحكام الشرعية) على أن تصرف الانسان في ملكه بما يتعدى ضرره الى جاره عدوان ، مثلا : لو بنى في داره كنيفا أو بركة ونحوها فنزا الى جدار جاره فأوهاه ضمنه ، وللجار منعه من ذلك الا أن يبنى حاجزا محكما ، وكذا الدق الذى يهد الجدار مضمون السراية .

(٢) راجع : الأم للامام الشافعي — جـ ٣ — ص ٢٢٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ — ص ١٩٦ ، والمحلى لابن حزم الظاهرى — جـ ٨ — ص ٢٤١ ، مسألة ١٣٥٥ وما بعدها ، وحاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب — للشيخ زكريا الأنصارى — جـ ٢ — ص ١٢ .

وهو ضعيف ، الا أن معناه صحيح ، ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره (١) .

٤١١ - تقييم رأى الظاهرية ومن معهم :

ولعل من أهم الانتقادات التي وجهت لرأى الظاهرية ، وتعتبر بالطبع موجهة الى من يوافقونهم في الرأى ، انهم قد ضعّفوا حديث : لا ضرر ولا ضرار ، وقالوا : انه مرسل ، أو من طريق فيهما زهير بن ثابت وهو ضعيف ، مع ان هذا الحديث قد جاء من عدة طرق أخرى ليس فيها ارسال ، حيث روى عن ابن عباس ، وأبي سعيد الخدرى ، وعبادة بن الصامت (٢) ، يقول الشوكاني : أما حديث : لا ضرر ولا ضرار ، فقد رواه ابن عباس وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبدالرازق ، قال ابن كثير أما حديث : لا ضرر ولا ضرار ، رواه ابن ماجه عن عبادة ابن الصامت ، وروى من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدرى وهو حديث مشهور (٣) ، ويقول الألباني : انه حديث صحيح روى من حديث عبادة بن الصامت وعبدالله بن عباس وأبي سعيد الخدرى ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبدالله ، وعائشة بنت أبي بكر

---

(١) المحلى - المكان السابق ، وراجع : الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه : غمز عيون البصائر - للحموى - حيث ينسب مثل رأى الظاهرية لمتأخرى الحنفية ، فبعد أن يقرر حق المالك المطلق في التصرف في ملكه وان اضر بجاره ، يقول : " لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه الى غيره ضررا بينا ، وقالوا : بالمنع ، وعليه الفتوى في كثير من المسائل " ، راجع : جـ ١ - ص ١٢١ .

(٢) راجع : سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ١١٨ - ونيل الأوطار للشوكاني - جـ ٥ - ص ٢٩٢ ، وقد سبق تخريج الحديث ، راجع فقرة ٣٥٦ وما بعدها من هذا البحث - هامش (١) .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - المكان نفسه .

الصديق ، وثعلبة بن أبي مالك القرظي ،وأبي لبابة رضي الله عنهم (١)

وادعاء ابن حزم ان ضرر المالك يمنعه من التصرف في ملكه لا يدانيه ضرر الجار المعتدى على خصوصيته محل نظر ،لأن الاطلاع على الحرمات ضرر لا يساويه الضرر الذى يلحق بمالك الحائط اذا منع من فتح الكوة فيه (٢) .

وقد لوحظ أن فقهاء الشافعية يفرقون في منع المال من التصرف في ملكه بين التصرفات التي تضر بجاره ، وتلك التي تضر بملك الجار ، ويمنعون كل تصرف يضر بملك الجار ، أما التصرفات التي تضر بالجار نفسه لفتح الطاقات وغيرها ، فلا يمنعونه (٣) ، وهذه التفرقة في واقع الأمر لا أساس لها ، لأن تخصيص الضرر الواقع على ملك الجار بالمنع من التعدى ، يعد من قبيل التخصيص بلا مخصص وهو باطل ، وعلى فرض صحته ،فالأولى أن يكون المنع خاصا بالتصرفات التي تضر بالجار ، لأنها تجرحه ، وتتضمن انتهاكا لحرمته ، وتعديا على عرضه ، وتتبعا لخصوصيات حياته ، ولا يقول عاقل ان المحافظة على ملك الجار اولى من المحافظة على عرض الجار .

٤١٢ — وانني أميل مع بعض الباحثين الى أن ابن حزم يعمل حديث : لا ضرر ولا ضرار في معناه ،والذين معه على منواله في هذا العمل ، لكنهم يخالفون الرأى الأول في التطبيق ، صحيح هم يقدرون مدى حرمة خصوصيات الجار ، وجسامة انتهاكها ،ولكن الذى

---

(١) ارواء الغليل — للألباني — جـ ٣ — ص ٤١٠ .

(٢) راجع : د . محمد رأفت عثمان — السابق — ص ١٢٠ .

(٣) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم — جـ ١ — ص ١٦٥ — مطابع الشعب ، والموافقات للشاطبي — جـ ٢ — ص ٣٤٩ ،حيث يقرر : أن أحكام الشريعة مبنية على التحوط ، ودفع ما يوصل الى المفسدة . وراجع في نقد هذه التفرقة : د . محمد رأفت عثمان — المرجع والمكان السابقان .

(١)
منعهم من العمل بالحديث تصورهم لقيام مانع من تطبيقه في تلك الحالة ، وهو رجحان مصلحة الجار الممنوع من التصرف عن الجار الآخر الذى يمكن أن يحمى نفسه باتخاذ سترة ، فالرأيان متقاربان .

ومن ثم يستبين لنا أن الشريعة قد اعتبرت الأضرار المعنوية مثل الاشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها ،وان هذا من أنواع الضرر الفاحش الذى يجب منع سببه بالازالة ،وقد جاء في المادة (١٢٠٢ من مجلة الأحكام العدلية) ان : " رؤية المحل الذى هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضررا فاحشا ، فاذا احدث رجل في داره شباكا أو بناء جديدا ، وجعل له شباكا مطلا على مقر النساء في دار جاره الملاصق أو الذى يفصل بينهما طريق ، فانه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك اما ببناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر ، ولكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية "(٢)، كما نصت على ذلك المادة (٦٢ من كتاب مرشد الحيران) فقالت : " رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره ، وان احدث ذلك يؤمر برفع الضرر أما بسد الشباك أو ببناء ساتر ، فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده " ، والضرر الفاحش يزال سواء كان قديماً أو حادثا (مادة ٦٠ من المرشد) (٣) .

---

(١) د . فتحى الدرينى - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامى - ص ١٣٩ وما بعدها ، مؤسسة الرسالة - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٨م .

(٢) راجع : المجلة مع شرحها ، للمرحوم سليم رستم - ص ٦٦١ وما بعدها - الطبعة الثالثة .

(٣) راجع : كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان - ص ١٥ وما بعدها - الطبعة الثالثة - بالمطبعة الأميرية سنة ١٩٠٩م .

٤١٣ ـ دفع الضرر الأدبي مقدم على دفع الضرر المالي :

واذا كان فقهاء الشافعية يفرقون بين فعل المالك الذى يضر بملك جاره فيمنعونه ، والذى يضر بجاره فلا يمنعونه ، فان السنة النبوية قد ورد فيها ما يدل على بطلان رأيهم ، ان رأيهم ينطوى على ترجيح للجانب المالي المتعلق بالملك ، على الجانب الأدبي المتعلق بحق الجار في حماية خصوصياته ، ولو كان ما رأوه صحيحا ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسمرة بن جندب : انت مضار ، فقد روى أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي انه حدث سمرة بن جندب ، انه كان له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ، ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به ، ويشق عليه ، فطلب اليه ان يبيعه فأبى ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له ، فطلب اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، قال : فهبه ولك كذا وكذا ـ امرا رغبة فيه ـ فأبى ، فقال : أنت مضار ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصارى : اذهب فأقلع نخله (١) .

.. هنا حدث تعارض بين حقين ، حق مالي يتمثل في نخلة سمرة ، وحق أدبي يتمثل في خصوصية الأنصارى ، التي أراد سمرة أن يهتكها متعللا بوجود نخلته ضمن بستانه ومعه أهله ، هنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بازالة أسباب الضرر ، فدل ذلك على مشروعية الازالة العينية للضرر الأدبي .

٤١٤ ـ شروط صحة التعويض العيني :

ويشترط لصحة التعويض العيني عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي شروط :

---

(١) سنن أبي داود ـ ج ٢ ـ ص ٢٨٣ ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ الحلبي بمصر ، وراجع : عون المعبود ـ ج ١٠ ـ ص ٦٤ ، والقواعد لابن رجب رقم ٧٧ ـ ص ١٥٧ ، وابن القيم ـ الطرق الحكمية ـ ص ٣١٠ .

أولها : ان يطلب المعتدى عليه ذلك ، لأن الضرر الأدبي ، اعتداء على حق من حقوق العبد واستيفاء التعويض عنه مما يستبد به المعتدى عليه ، كما ان الزام القاضي له فرع مطالبه المضرور به ، لأنه حق كبقية حقوقه التي تقبل الاسقاط ومن ثم وجب على المعتدى عليه أن يطالب به .

ثانيها : كما يشترط أن لا يترتب على التعويض العيني ضرر أشد : وذلك لما هو مقرر من أن الضرر الأشد يزال بالأخف (١) ، وعلى هذا الأصل يمكن تخريج ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بسمرة ابن جندب ، لأن بقاء نخلته أشد ضررا من قلعها ، يقول ابن القيم : فضرر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم ، فان الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وان أباه من أباه (٢) ، أقول : فلو كان التعويض العيني سيترتب عليه ارهاق لسمرة بأن كان ضرره أشد لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بازالة نخلته ، وهو ما يدل على اعتبار هذا الشرط .

ثالثها : أن لا يكون المعتدى عليه قد سبق تعويضه ، أو رضي أن يعوض عن ضرره بمقابل ، لما هو مقرر من أن الضرورة تقدر بقدرها ، وتغريم المعتدى استثناء اقتضته ضرورة تعديه ، فوجب أن يتقيد التعويض به ، كما أنه لا يجتمع تعويضان عن تعد واحد لما في ذلك من تجاوز للمثل الذي يقوم عليه التعويض .

---

(١) المادة ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية

(٢) الطرق الحكمية _ ص ٣١٠ .

(الفرع الثاني)

التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤١٥ — وقد يكون التعويض عن الضرر العيني بمقابل يجبره، وذلك في غير الحالات التى يتقرر فيها التعويض العينى ، أو فيهما مع عدم توافر شرط من شروط قيامه وفي هذه الحالة ، لا يكون هناك مناص من تقدير التعويض الملائم عن الضرر الأدبى الذى أحدثه المعتدى بفعله ، والذى يقوم بتقدير هذا التعويض هم القضاء الذين يقدرون لكل ضرر قيمته ، أو حكومة العدل التى تتولى تلك المهمة بنفسها أو من خلال الاستعانة بأهل الخبرة كما سنرى .

٤١٦– وقد قدر التشريع الاسلامى صعوبة هذا النوع من التعويض ولذلك تنوعت أساليبه بما يجعله أكثر ملاءمة في مجال الواقع ، ولهذا لم يجعل التشريع الاسلامي كل صور التقدير في جهة واحدة ، بل عدد الجهات التي تقوم به ، ليكون في هذا التعدد تحصيل للمنافع التي ينطوى عليها تقدير كل جهة .

ومن أهم سمات هذا التعويض ، انه يقوم على العدل ، أى يوازن بين المصلحة التي فاتت بالتعدى ، وبين التعويض على نحو يحقق العدالة في أحسن حالة يمكن أن تتحقق فيها ، كما يقوم مع العدل على الرضا ، الذى يريح نفس المضرور وينزع منها الغل والحقد، حتى يكون تقدير التعويض محققا للعدل وطمأنينة النفس ، ولهذا تنوعت جهات تقدير التعويض على نحو ما سنرى .

(المبحث الثاني)

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

(المطلب الأول)

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤١٧ - من المعروف أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي مختلف عن تقديره بالنسبة للضرر المادي الذي سهل القانون مهمته بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ، وهذا التقدير لجانبي الكسب والخسارة أمر يمكن ادراكه في وقائع تقبل التقدير بالمال ، لكن الأمر بالطبع سوف يكون مختلفا في مجال تقدير الضرر الأدبي حيث يمارس القضاء دوره في التقدير بمرونة وحرية (١) ، وأود أن أبين أولا سمات تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ثم أحاول ثانيا تفريد معيار مقبول للتعويض ، وذلك في فرعين :

(الفرع الأول)

السمات البارزة في تقدير التعويض

يمكن القول أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يتسم بأمرين بارزين هما قيامه على اعتبار ذاتي ، وانه يتردد في مقداره بين التقتير والمبالغة ، ونبين ذلك بالقدر الذي تقتضيه الدراسة .

٤١٨ - أولا : قيام التقدير على اعتبارات ذاتية :

مما تجدر الاشارة اليه في هذا الخصوص ان تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وبحسب طبيعته يقوم الى حد كبير على اعتبارات شخصية ،

---

(١) حسين عامر - وعبدالرحيم عامر - المسئولية المدنية - ص ٥٦٢ .

وحيث يكون الضرر معنويا فان ضوابط تحديده تكون مرنة ومطاطة الى حد كبير ، وقد أدى ذلك الى اختلاف المحاكم وتفاوتها في التقدير الى مدى بعيد (١) .

ومن أمثلة هذا التباين في التقدير ما قضت به المحاكم المصرية من الزام طبيب بدفع تعويض مقداره خمسة آلاف جنيه لتسببه في وفاة حالة فتق أربى أيمن مختنق ، حيث تصدى له جراحيا في عيادته رغم علمه المسبق ان الحالة تستدعي اجراء الجراحة في المستشفى ، وفي قضية أخرى حكمت لوالد المجني عليه بتعويض مقداره أربعة آلاف جنيه ضد شخص من الجيش صدمه بسيارته فأرداه قتيلا ، دون أن يصدر من المجني عليه أية مشاركة في الخطأ ، وفي قضية أخرى حكمت بمبلغ ثمانية آلاف جنيه ، ضد صاحب منزل أهمل في ترميمه بعد أن تم اعذاره ، حتى تهدم فقتل رجلا كان في المنزل المجاور ، فحكم لورثته بهذا المبلغ كتعويض ، وفي قضية أخرى حكمت المحكمة بتعويض مقداره الفا جنيه لاخوة المجني عليها ضد من هجم عليها في مسكنها وقتلها ثم أشعل النار في منزلها ، فأصدر القضاء حكمه بالاعدام الذى تم ، كما تم تعويض الزوج عن الموجودات التى احترقت بالمنزل (٢) . وهكذا نجد التفاوت في تقدير التعويض مختلف في الحالات السابقة ، رغم وحدة المصلحة المعتدى عليها ولعل السبب في ذلك مدى ما يراه

---

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٤٥ .

(٢) راجع : في التعليق على تلك القضايا : د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٥٣٠ وما بعدها ، حيث انتهى الى أن سبب هذا التفاوت راجع الى أن القانون المدني المصرى يطبق بشأن التعويض عن ضرر النفس ، نفس القاعدة التي يطبقها على تعويض المال ، وهى ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، والأولى تطبيق قواعد الدية والأروش المقررة في الفقه الاسلامى ، لأنها موحدة . المرجع نفسه - ص ٥٣٥ .

القاضي من جسامة الضرر الناتج عن الفعل ، فضلا عما يقتضيه اعمال نظر القضاء في كل حالة على حدة ، وهذا ما يؤكد مبدأ المرونة في التقدير ، وان كان تفاوته في المصالح المتحدة أمرا منتقدا . اذ انه يودى بالتناسب الذى يجب أن يكون موجودا بين التعويض والضرر (١) .

٤١٩ — القانون الانجليزى يتجه نحو تحديد التعويض :

وتلافيا لهذا التفاوت في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي المتحد المحل والمصلحة المعتدى عليها به ، ظهر اتجاه فقهى ينادى بتحديد الجوابر ، وتقدير التعويض عن الضرر الواحد تقديرا محددا ، بحيث يكون لكل جرح من الجروح أوعضو من الأعضاء أو أية اصابة أخرى ارش مقدر لا يختلف من شخص الى آخر ، فالاضرار المتماثلة تقتضى جوابر متماثلة ، وقد اتجه القانون الانجليزى الى الاعتراف مؤخرا ببعض التعويضات المقدرة اذ ينص قانون : Administration of justice Act . الصادر عام ١٩٨٢م على تقدير التعويض عن الشعور بالحرمان لفقد أحد الأقارب بثلاثة آلاف وخمسمائة جنيه استرليني (٢) .

---

(١) د . أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٩ ، د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٧ .

(٢) راجع في هذا المعنى :د . محمد أحمد سراج ـ ضمان العدوان في الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه من كلية دار العلوم جامعة القاهرة ـ ص ٤٣٧ ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٠م وفي قضية : Cassidy. V. daily Mirror News papers Lrd. قدرت المحكمة الأضرار التي لحقت بالمدعية سنة ١٩٢٩م بخمسمائة جنيه استرليني نظرا لأن تلك الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تعلن خطبتهما ، وهو ما يتضمن طبقا لأعراف البلاد ان هذا الرجل أعزب ، مما يعنى أن المدعية ، وهى تعيش معه ليست الا خادمة أو خليلة ، المرجع نفسه ـ ص ٥٠٢ .

٤٢٠ - تقدير هذا الاتجاه :

وهذا الاتجاه منتقد لدى كثير من القانونيين ، ولا يرون فيه خيرا كثيرا ويعتبرونه مخالفا لطبيعة التعويض في الضمان ، فمن الواجب أن يتسم التعويض بالمرونة في الاستجابة لمتطلبات المتضرر واحتياجاته ومعاناته الخاصة ، بدلا من وضع هذه الاحتياجات في قوالب جامدة لا تناسب اختلاف الظروف وتنوع الأحوال ، وقال أحد القضاة تعليقا على الحكم المقرر بقانون ١٩٨٢م : أن الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لا يمكن التعويض عنه ، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست الا اهانة لمن يعانيه سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات ، أو عشرة ملايين ، ويعترف هذا القاضي بأن الغالبية لا تؤيد رأيه بدليل اقرارها لهذا القانون ، ومع ذلك فانه يرى أن تقدير المشرع للتعويض عن هذا الضرر أولى من القاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب في التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة (١) .

٤٢١ - وفي رأينا ان الاتجاه للتحديد مقبول اذا التزم في تحديده بمقدار الديات والأروش المقررة للجناية على النفس أو ما دونها في التشريع الاسلامي ، لأن التحديد يقرر مبدأ المساواة بين بني الانسان ، وهو ما قررته شريعة الله الخالدة ، لكن أعماله في مجال الأموال سينطوي على مفارقات تقدح في صلاحيته ، ولقد كان هدف القضاء الانجليزي من تقدير الأضرار التي لحقت بالمجني عليه في الحاضر والمستقبل بمبلغ مقطوع Lump Sum وجملة واحدة تحقيق أكبر قدر من الملاءمة بين التعويض و الضرر مع وصول المضرور الى حقه في التعويض بسرعة ، وعلى الرغم من يسر ترديد عبارة المبلغ المقطوع الا أن تطبيقها في الواقع - فيما لاحظ الاستاذ (دياس Dias وزميله) - أمر عسير للغاية اذ لا حيلة للقاضي في حساب الأرباح التي كان المصاب سيجنيها في المستقبل لولا هذه الاصابة الا من خلال الظن أو التخمين Guessing game . وهي محفوفة بالمخاطر ولا تستند الى قواعد حقيقية .

(١) د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٤٣٧ .

وقد أشير في معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع، الى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم أو انخفاضها ، كما أشير الى احتمال تغير اصابة المجنى عليه بالبرء أو بالسراية ، ومع ذلك فقد كان المتبع أن يقدر القاضي شيئا لا يتغير بعد ذلك بتغير الظروف بحكم اعتباره تقديرا نهائيا (١) .

. . ولقد لفتت هذه الانتقادات انتباه (اللورد دينينج Denning R. M.) . بقوة ، فحاول عام ١٩٧٩م اقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع في تقدير التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمجنى عليه في الماضي ويحتمل معاناته منها في المستقبل تعويضا مؤقتا ، يحق للمحكمة ان تتدخل في المستقبل لتعديل تقديره والتغيير فيه بحسب ظروف المجنى عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعا عند نظر القضية ، وعلى الرغم من تقدير المحكمة لهذا الاقتراح الذى اعتبرته طيبا وملفتا للنظر ،فانها لم تأخذ به لعدم دقته فيماتصورته هذه المحكمة ، ولحاجته الى تدخل السلطة التشريعية لاقراره ، ومع ذلك تأثرت المحاكم في عملها بمضمون هذا الاقتراح ، حيث عمدت الى تأجيل ما تؤول اليه ،لكن هذا الحل قد أدى بالتالى الى طول أمد التقاضى (٢) .

---

(١) المرجع السابق - ص ٤٦٠ .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، ومن المعروف انه قد اقترح عام ١٩٧٤م نظام الفصل في المحاكمة بين اجراءات المحاكمة وتقدير الضمان ، لكن هذا الاقتراح قد باء بالفشل لأنه يسبب طول أمد التقاضى ، ولم تأخذ به لجنة بيرسون Pearson . في توصيتها بالغاء نظام التقدير المقطوع وابداله بنظام التقسيط في دفع التعويض ، راجع في هذا المعنى :

Dias and Markesinis, Tort law , P. 401 ,
Clarendon Press, Oxford, 1984.

وقد تطور حل هذه المشكلة واستقر نهائيا بصدور قانون سنة ١٩٨٢ الذى أقر نظام التعويض المؤقت ، وبمقتضاه أصبح من حق المضرور أن يطالب بحقه في التعويض عن الخسائر الحالة به فعلا ، وأن يطالب في المستقبل بالخسائر التى تحل به فيما بعد .

وهذا الذى انتهى اليه القانون الانجليزى ، هو الذى استقر عليه العمل في القانونين الفرنسي والمصرى منذ فترة طويلة ، كما أنه هو الذى يؤيده الفقه(١) ويتوائم مع المصلحة على نحو ما سنرى .

٤٢٢ - الاستعانة في تقدير التعويض بالكسب الفائت :

ويبدو أن النقد الذى وجه الى التحديد النهائي والبات لمقدار التعويض قد لفت الأنظار الى اتجاه آخر يتوخى التحديد ، لكنه لا يقره ابتداء ، وانما يضع معيارا يوصل اليه ، ويلاحظ أن هذا المعيار ، وان كان سيوصل الى تحديد معين لمقدار التعويض، الا أنه سينتهى الى تفاوت كبير ينافى به تماما الاتجاه الأول ، ويقوم هذا الاتجاه على النظر الى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض ، حيث يحسب على أساس معدلات الكسب السابقة على الاصابة ، وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع هذه الاصابة ، ويعنى ذلك : ان التاجر الذى يصاب وهو في سن الخمسين باصابة تمنعه عن العمل ، وتلزمه بيته ، سيأخذ تعويضا يقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله ، فاذا كان يكسب مائة قبل الاصابة ، أعطى نسبة كبيرة منها ، ويختلف ما يستحقه ضمانا اذا كان ربحه أكثر من مائة أو أقل منها ، ويقدر الواجب في مقدار مقطوع على أساس ضرب مقدار هذا الربح في عدد السنوات التي يتوقع لمثله الاستمرار في مثل هذا العمل (٢) .

---

(١) راجع في هذا المعنى : حسين عامر وعبدالرحيم عامر - السابق - ص ٥٦١ ، و د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٥٤٢ ، د . توفيق حسن فرج - السابق - ص ٣٦٨ ، د . اسماعيل غانم - السابق - ص ١١٤ ، د .جميل الشرقاوى - السابق ص٥٠٤

(٢) د . محمد أحمد سراج - السابق - ص ٤٣٧ .

٤٢٣ — تقييم هذا الاتجاه :

وقد انتقد هذا الاتجاه بحق بأنه يهدر معنى المساواة في تقدير التعويض عن الضرر المتماثل ، كما أن التعويض بناء على الكسب الفائت سيشجع المصابين وأقرباءهم على التبطل ، فالزوجة التي أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لا تفكر في العمل ولو كانت صغيرة ، وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور ، بخلاف ما لو عوض عن الاصابة بمقدار مقطوع ، فان الأغلب أن يعود الى عمله اذا استطاع ذلك ، كما أن التضخم النقدى وهو ذو تأثير كبير على قيمة التعويض لن يدخل في تقدير القضاء عند حساب القيمة ، ومن ثم كان هذا المعيار مضطربا ولا يستند الى منطق أو عدل (١) .

هذا بالاضافة الى ما ينطوى عليه هذا المعيار من عسف وتحكم ، لأنه يقيم أساسه على أمر غير متيقن ، وهو مقدار ما كان يمكن أن يعيشه المجنى عليه ، مع أن مسألة الأعمار هذه من اختصاص الله عز وجل ، ومن ثم كان الأساس الذى يقوم عليه هذا المعيار مظنونا .

٤٢٤ — ثانيا : تردد التعويض بين التقتير والمبالغة :

كما لوحظ على تقدير التعويض عن الضرر الأدبى انه يميل الى التخفيض المبالغ فيه تارة ، ثم يجنح الى الزيادة المبالغ فيها تارة أخرى ، كما لو كان هناك رد فعل شديد بين النقص والزيادة ، فقد لوحظ ان مبالغ التعويض التى تقدرها المحاكم الفرنسية تبدو في مجموعها منخفضة اذا ما قورنت بالأرباح التجارية ، التي تعود على المعتدين على الحقوق الأدبية ، خاصة ما يتعلق بتعدى الناشرين على حق الخصوصية (٢) .

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٤٣٩ .

(٢) في هذا المعنى : د . حسام الدين الأهوانى ـ السابق ـ ص ٤٤٥ .

ويبدو أن ما طرأ على المسئولية المدنية بصفة عامة من تطورات اجتماعية حدث بالقضاة الى التخفيف من غلواء المبالغة في التعويض، والعدول في تقديره من مجال التعويض الكامل الى مجال التعويض العادل ، قد حدا بالقضاء الفرنسي نحو هذا المسلك الذى يتسم بالتخفيف في تقدير التعويض بصفة عامة ، أو لعل العقبة القانونية الأساسية في سبيل الاعتداد بالربح عند تقدير التعويض تكمن في أن التعويض يكون بقدر الضرر فقط ، فلسنا بصدد أعمال نظرية الاثراء بلا سبب حيث نجرى مقارنة بين الافتقار والاثراء ، فيعتد بأقل القيمتين ، ففى مجال المسئولية يقدر التعويض بمقدار الضرر ، دون الاعتداد بالنفع الذى عاد على المسئول (١) ،ومع أن في السلطة التقديرية للقاضى ما قد يمكن به تخطي تلك العقبة ، الا أن الفقه وهو بصدد انتقاد هذا المسلك بدأ يرجح الاتجاه نحو العقوبة في التعويض ، ليكون التعويض جزائيا ، على غرار ميثاق حقوق وحريات الأشخاص الصادر في ولاية كيبك بكندا ، والذى ينص في المادة (٤٩) منه ، على أنه في حالة الاعتداء العمدى على حق من الحقوق التي يحميها الميثاق (وهي بالطبع حقوق غير مالية) فان المحكمة يجوز لها أن تحكم على المعتدى بتعويضات جزائية أو انتقامية ، حتى لا يكون التعويض بقدر الضرر ، وانما يزيد عنه ، تحقيقا لعنصر الردع، لأن مبلغ التعويض كلما كان ضئيلا ، كلما كان ذلك مشجعا للتعدى على الحقوق الأدبية ، ومنها حق الخصوصية ، فقانون المسئولية المدنية ، لا يستهدف التعويض ، وانما يستهدف معه فرض احترام القواعد الأساسية اللازمة للحياة في المجتمع (٢) .

٤٢٥ — فكرة التعويض المشدد :

وقد انتقدت فكرة التعويض الجزافي على أساس أن المضرور يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه ، وهذا مخالف

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٤٤٩ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

لما استقر عليه الفقه (١) ، ولو كان الأمر أمر عقاب لكان من الواجب أن يؤول مبلغ التعويض للدولة (٢) ، ومن ثم بدأ جانب كبير من الفقه ينادى حاليا بأعمال فكرة التعويض المشدد .

.. والتعويض المشدد يقضى بأن يفرض المشرع مبلغا أو حدا أدنى من التعويض قد يكون عن كل يوم وضعت فيه أجهزة التلصص على الحياة الخاصة ، أو امتنع فيه رئيس تحرير الجريدة التي نشرت ما يمس سمعة الانسان أو شرفه عن نشر رده ، ويحدد هذا المبلغ جزافا ، ولكن ليس على سبيل العقوبة ، وانما على سبيل الاعتراف من المشرع بخطورة الضرر ، كما أن هناك حدا أدنى من الألم لا بد وأن يعانى منه أى انسان ، وهذا الاتجاه هدفه فرض احترام الحقوق الأدبية على المعتدين وحماية أهم قيمة من القيم الانسانية والاجتماعية ، وهكذا تلمس مدى الجنوح نحو التشديد الذى بدأ من التساهل والتخفيف في مقدار التعويض عن الضرر الأدبى ، وهو مظهر من مظاهر تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية .

---

(١) د . أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٩ ، د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٩ .

(٢) د . حسام الدين الأهوانى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٥٠ .

(الفرع الثاني)

معايير التقدير المقبول لتعويض الضرر الأدبي

٤٢٦ - من الأهمية بمكان أن يهتم الفقه بوضع المعايير التي بمقتضاها يكون التعويض عن الضرر الأدبي محققا للغاية المرجوة منه كجزاء تعويضي يحقق في نفس المسئول الشعور باحترام الحق المعتدى عليه ، دون خلط بين الصفة التعويضية ، والصفة العقابية فيه ، خاصة وان المعول عليه في تقدير التعويض للقاضي وهو بشر ، يمكن أن يقع أسيرا للضغوط النفسية أو الظروف الاجتماعية ، التي قد تحول بينه وبين ادراك التناسب بين الضرر وما يعوضه ، والفقه يعول بصفة خاصة عند تقدير التعويض على ثلاثة أمور هي : عناصر التعويض ، ومقداره ، والظروف الملابسة .

٤٢٧ - أولا : عناصر التعويض في الضرر الأدبي :

يركز الفقه بصفة عامة على أن التعويض يجب أن يقدر بقدر الضرر المباشر ، يستوى في ذلك أن يكون الضرر ماديا أم أدبيا ، وسواء كان حالا ، أو مستقبلا ما دام محققا ، ولا يشمل التعويض الضرر غير المباشر .

والضرر غير المباشر هو الذى يستطيع المعتدى عليه أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ففي مجال التعدى على حق الانسان في سلامة جسمه ، لو أن شخصا جرح آخر في اشتباك أو مضاربة ، وكان من الممكن للمضرور أن يضع حدا للضرر بالمبادرة للعلاج ، على نحو صحيح يوقف سريان الجرح ، لكنه أهمل في ذلك ونشأ عن اهماله زيادة الضرر ، فان ما زاد عن الضرر الذى أحدثه المسئول ، يعتبر ضررا غير مباشر ولا يدخل في تقدير التعويض ، لأن المعتدى عليه كان من الممكن أن يتوقاه بالعلاج الصحيح ، لكنه اهمل ، واهماله خطأ ، ومن المفروض أن المخطىء لا يستفيد من خطأه (١) .

---

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٦ .

ولكن ما هو معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر ؟ ، اجابت عن ذلك المادة ١/٢٢١ مدني بقولها : " .. ان الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ ، وهو يعتبر نتيجة طبيعية ، اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول واصطلاح :النتيجة الطبيعية ، أقرب الى المقصود من اصطلاح الضرر المباشر (١) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ٨ يونيو سنة ١٩٥٣م :" بأنه اذا أصيب المجني عليه بجروح ، ثم اصيب أثناء علاجه منها بالتهاب رئوى حدث بسبب رقاده على ظهره أثناء مدة العلاج مماأدى الى وفاته ، فانه تجب المساءلة عن هذه النتيجة ، كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ مايو سنة ١٩٣٣م بأنه : " تتوافرالمسئولية ولو كان المصاب قد اهمل في علاج نفسه (٢) .

٤٢٨ — واذا كان التعويض يشمل الضرر المباشر ، فانه يجب أن يأخذ في اعتباره ما لحق المعتدى عليه من خسارة مادية لحقته أو كسب ضاع عليه (٣) ، فلو أن شخصا رمى صاحب مدرسة لتعليم البنات بأنه قواد ،أو نشر صورته وهو يدخل مكانا من الأمكنة الموبوءة ، فانصرفت عنه الفتيات المتدربات ، واضطر الى اغلاق مدرسته وبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ومقابل الاعلانات وما الى ذلك ،

(١) د . أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٣٥ ، د . محمد لبيب شنب ـ السابق ـ ص ٣٦٦ ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٤٢٢ ، د . محمود جمال الدين زكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ـ ص ٦٩٤ ، د . توفيق حسن فرج ـ النظرية العامة للالتزام ـ ص ٤٠٤ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٣) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٦ وما بعدها .

فلن يرفع ضرره عقاب من سببه ، وانما يرفعه ايجاب الضرر على من تسبب فيه ، ويرى بعض الباحثين انه يجب لجبر هذا الضرر : ان على الشاتم أن يتحمل ما فات من كسب المشروع مدة عام أو عامين ، حسب تقدير القاضي ، لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الاشاعة أكثر من ذلك ، ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لاغلاقها ، فان هذا النقص يقدر ويحمل على المعتدى ، فان تعطيل منفعة المدرسة باشاعة سوء أخلاق مديرها من التسبب في اتلاف منافعها ، فيضمنها المعتدى (١) .

٤٢٩ — كما يجب أن يشمل التعويض كل الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ، فاذا اضرب شخص آخر مريضا بالقلب ، فقضت عليه هذه الضربة مع أنها لم تكن لتؤدى الى وفاته لولا اصابته بهذا المرض ، كان الضارب مسئولا مدنيا عن الوفاة - ولو كان بسبب جهله اصابة المجنى عليه بهذا المرض - لم يتوقع ولم يكن في وسعه أن يتوقع أن تؤدى هذه الضربة الى حدوث الوفاة (٢) .

ويجب في الحكم الصادر بتقدير التعويض أن يبين عناصر الضرر المطلوب عنها التعويض ومناقشة كل عنصر من هذه العناصر ، حتى تستطيع محكمة النقض أن تتحقق أن كل عنصر أدخلته محكمة الموضوع في تقدير التعويض تتوافر فيه الشروط القانونية لتعويضه ، وبخاصة كونه ضررا مباشرا ، وان تلك المحكمة لم تغفل في تقديرها التعويض عنصرا من عناصر الضرر المباشر الذى كان المضرور يستحق تعويضا عنها ، ولا يلزم أن تقدر المحكمة تعويضا خاصا عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض ، بل يجوز لها أن تحكم بتعويض اجمالى عن جميع العناصر التي يستحق المضرور تعويضا عنها ، ولا عليها ان قدرت تعويض الضرر الأدبى والضرر المادى بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة (٣) ، وقد قضت محكمة النقض المدنى في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠م ،

---

(١) د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٥٠١ ومابعدها .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٨ .

(٣) المرجع نفسه - ص ٥٣٩ .

بأنه : " اذا أوضح الحكم في أسبابه عناصر الضرر الذى لحق المطعون عليه بسبب خطأ الطاعن ، وبين وجه أحقيته في التعويض عن كل عنصر منها فانه لايعيبه تقدير تعويض اجمالى عن تلك العناصر ،اذلا يوجد في القانون نص معين يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه " (١) .

واذا وصف الحكم الضرر الذى قضى بالتعويض عنه بأنه ضرر أدبى فلا يجوز النعى عليه بأن الضرر المذكور ضرر مادى ، لأن هذا النعى غير منتج ما دام المضرور نفسه هو الذى يطالب بتعويض هذا الضرر (٢) .

٤٣٠ — ثانيا : مقدار التعويض في الضرر الأدبى :

والأصل الذى يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساويا قيمة الضرر المباشر ، فلا ينقص عنها ولا يزيد (٣) ، ويبدو أن المراد بالمساواة هي المساواة التقريبية ، والا فان تعويض الضرر على نحو تحقيق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمرا بعيد الاحتمال ،ان المقصد من التعويض هو جبر الضرر كله بحيث يتحمل المعتدى نتائج التعدى ، ومن المعروف ان الاضرار تختلف فيما بينها في يسر تقويمها فالاصابات البدنية أو الأدبية ، تنطوى على صعوبة بالغة في تقدير

---

(١) مجموعة أحكام النقض المدنى ٢١ - ١١٨٩ - ١٩٤ ، وراجع في هذا المعنى : نقض مدنى في ١٧ /١٩٤٧/٤ ، فهرس أحكام النقض المدنى في ربع قرن - جـ ١ ص ٢٦١ ، ونقض مدنى في ١٩٥٢/٣/١٧م ، مجموعة أحكام النقض ٣ - ٦٩٣ - ١١٩ ، ونقض مدنى ١٩ /١٩٧٧/١٢ المجموعة - ٢٨ - ١٨٣٢-٣١٣ ، ونقض مدنى في ١٩٧٩/٣/٢٧م ، المجموعة ٣٠ — ٩٤١ — ١٧٥ .

(٢) نقض مدنى في ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٦٥ ، المجموعة ١٦ — ٩٣٩ — ١٤٩ .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق ص ٥٤١ .

التعويض عنها ، وهو ما يجعل التعويض المساوى على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية ، اذ كيف يتسنى لقاض أو خبير أو عدد منهم أن يصل الى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسئول .مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله واخفاقه أو نجاحه في هذا العمل ، ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية، ان ما يعلنه التفكير القانوني الحديث من أن المقصد من وراء تقرير التعويض هو محو آثار العدوان كلية ورفع الضرر بالكامل ، والعودة بالمتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمر غير مسلم به على اطلاقه (١) .

ومن ثم وجب أن يصرف معنى التعويض الى المعنى التقريبي له ، وليست المساواة المطلقة بينه وبين الضرر ، وفي اطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضي التعويض تقديرا يكفي لجبر الضرر واعادة المضرور الى حالة قبل حالته التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار ، على أن يقترن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر ، ومؤدى ذلك ان يقدر التعويض بقيمة الضرر كما آل اليه وقت الحكم بحسب ما اذا كان قد تفاقم أو تناقص ، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت(٢) وقد نصت محكمة النقض على ذلك في حكم لها جاء فيه : " اذا كان

---

(١) في هذا المعنى : د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٤٣١ وما بعدها .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٤٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٢٣ وما بعدها ، د . محمد كامل مرسي - في الالتزام - جـ ٢ - فقرة ٩٨ - طبعة ١٩٥٥ ، د . أحمد سلامه - مذكرات في نظرية الالتزام - فقرة ١٩٥ - طبعة ١٩٨١ ، والوسيط للسنهوري - السابق - ص ٩٧٧ ، د . عبد الحي حجازي - السابق - ص ٥١٣ ، حيث أشار الى اتجاهات الفقه في كل من فرنسا ومصر الى الوقت الذى يجب أن يعتد فيه بتقويم الضرر ، وراجع : د . عبد الرازق حسن فرج - السابق - ص ٩٦ .

الضرر متغيرا ، تعين على القاضى عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر . لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم مراعيا التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ومراعيا كذلك التغيير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه ، وزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها . . . الى أن قالت المحكمة : وهذا النظر في جملته مؤيد بالمادة (١٩٣ مرافعات) فيما تجيزه من اضافة التعويض المستجد من تاريخ الحكم الابتدائى الى التعويض الأصلى استثناء من القاعدة التى تمنع من قبول طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف "(١) .

ويدخل هذا التقدير في سلطة قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض الا اذا بنى على أسباب غير سائغة ، ولا يجوز أن يقدر التعويض بأقل من قيمة الضرر الا اذا وجد القاضى مسوغا لذلك كما في اصابات العمل حيث حدد المشرع التعويضات المختلفة تحديدا جزافيا قد لا يصل الى جبر كل الضرر وكما في حالة الخطأ المشترك حيث يتعين خفض مقدار التعويض بقدر مسئولية المصاب نفسه ، واشتراكه في حدوث الضرر ، ويجوز للقاضى أن يحكم بتعويض مؤقت عند عدم تبينه مدى الضرر

---

(١) حكم محكمة النقض في ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧م ، مشار اليه في حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٥٦١ وما بعدها . ويلاحظ أن ربط التعويض بارتفاع ثمن النقد وانخفاضه ، وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر ، هو الذى الجأ المحاكم الفرنسية ـ حتى تضمن استمرار التعادل بين الضرر والتعويض ـ أن تربط الايراد المرتب بمقياس أسعار المعيشة ، بحيث يرتفع مقدار الايراد المرتب مع ارتفاع معدل الأسعار . راجع : د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ٥٤٢ هامش (٨٢) ، د . توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٨ ، د . جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠٤ ، د . اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٤ .

المستقبل قبل تحققه ، ويكون للمصاب الحق في استكماله بعد تحقق زيادة الضرر وفقا لما تنص عليه المادة (١٧٠ مدنى) . وكذلك الأمر اذا طلب المضرور الحكم له بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ بحقه في التعويض الكامل (١) .

وكما لا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر ، كذلك لا يجوز أن يفيد المضرور من الفعل الضار تعويضا أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو يجعله في حال خير من الحال التي كان عليها قبله . لما هو مقرر من عدم جواز اثراء المضرور على حساب المسئول (٢) .

٤٣١ – ثالثا : مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض :

ومن العوامل التى تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الملابسات التي تصاحب حصوله ، والظروف التي ينشأ فيها ، ذلك انه رغم ما توصى به نصوص القانون ، وما استقر عليه الفقه التقليدى من أن التعويض يجب أن يكون كاملا ، الا أن القضاء استنادا منه الى سلطته المطلقة في تقدير التعويض دون رقابة من محكمة النقض، يتجه مع ذلك الى جبر الضرر بتعويض عادل وليس بتعويض كامل ، وذلك من خلال مراعاة الظروف الملابسة ، بما تتضمنه من اعتداد بثروة الطرفين ، وعدم جسامة الخطأ ، وسلوك المعتدى عليه تجاه المعتدى .

٤٣٢ – أ – أما عن الاعتداء بثروة الطرفين :

فانه رغم أن المبدأ التقليدى يقضى بأن وظيفة التعويض هى جبر الضرر وليس عقاب المسئول ، وبالتالى لا يعنينا أن يكون المسئول

---

(١) د . سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٥٤٥ ، والأحكام المشار اليها في الهامش .

(٢) د . أنور سلطان – المرجع نفسه – ص ٣٥٩ ، د . عبد الحى حجازى – المرجع نفسه – ص ٥٠٩ ، والوسيط للسنهورى – السابق – ص ٩٧٢ ، د . سليمان مرقس – السابق – ص ٥٤٦ ، د . احمد حشمت أبو ستيت – السابق – ص ٤٦٠ ، د . عبد المنعم فرج الصده – السابق .

أو المضرور فقيرا أو غنيا ، أو أن يؤدي التعويض الى انهيار المسئول أو يكون غير ذى أثر عليه ، أو يكون قليل القيمة بالنسبة الى ثراء المضرور ، الا ان الواقع العملى يدعو القضاة الى الاعتداد بثروة طرفى المسئولية عند تقدير التعويض (١) ، باعتبار أن هذه المسألة تحكمية تخضع لتقديرهم ، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الضرر الأدبى ، حيث لا يتقيد القاضى بمعايير مادية ، وحيث لا يتعلق الأمر بضرر مالى يقبل التقييم (٢) .

ويبدو أن التأثر بمدى ثروة المضرور والمسئول عند تقدير التعويض يلقى سندا تشريعيا في القانون المصرى ، ذلك ان نص المادة (١٧٠) مدنى يقضي بأن يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، وقد مر هذا النص بعدة مراحل في صياغته ، وفي البداية كان يتضمن : "وجوب مراعاة الظروف ودرجة الخطأ" (٣) ، ثم استبدلت هذه العبارة ، بعبارة الظروف الملابسة ،

---

(١) د . محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٣١٧ ـ والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، ومازووتنك ـ المرجع السابق ـ جـ ٣ . فقره ٢٤١٣ ـ ومارتى ورينو ـ السابق ـ فقرة ٥٣٩ .

(٣) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٥٠ ، د . السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ فقرة ٦٥٦ هامش (١) ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٥٦٢ .

ويرى الاستاذ الدكتور السنهورى ان المراد بالظروف الملابسة هي الظروف التي تلابس المضرور ، وليست الظروف التى تلابس المسئول ، فيجب أن يدخل في اعتبار القاضي ما أصاب المضرور وما أفاده بسبب التعويض دون اعتبار لظروفه على الخلاف في الرأى بالنسبة لجسامة الخطأ ، السنهورى ـ السابق ـ فقرة ٦٤٨ ـ وقارن : د . سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٥٢ .

لأن جسامة الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف ، وقد ورد في المذكرة الايضاحية : يكفى أن يشار في هذا المقام الى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار ، وينبغى أن يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ ، وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف "(١) ، وظروف التشديد والتخفيف اذا لم تكن في جسامة الخطأ ، فانها لا تتصور الى جانب ذلك الا في مدى ثروة المسئول والمضرور ، ولذلك فان القضاء يمكن التصريح بمسلكه الواقعى من اعتداده بثروة المسئول والمضرور للوصول الى عدالة التعويض دون خشية الخروج على روح القانون أو التعرض لنقض الحكم (٢) .

٤٣٣ — ب — الاعتداد بدرجة الخطأ :

كما ينبغى أن يعتد في تقدير التعويض بدرجة الخطأ ، فاذا كان الخطأ بسيطا ، فان المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف والاعتدال في التعويض ، رغم انكار الفقه لهذا المسلك الذى ينطوى على محاباة المسئول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ ، فيحرم من جزء من التعويض لسبب لا يد له فيه ، وهذا المسلك لا يملك الفقه في اجماعه الا التسليم به ، وخاصة في مجال التعويض عن الضرر الأدبى ، ومن ثم يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض مدى انتشار الوسيلة الاعلامية التي تم عن طريقها التعدى على الحق الأدبى كالمساس بالسمعة أو الخصوصية (٣) .

---

(١) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ ٢ — ص ٣٩٢ .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقى — السابق — ص ٣٢٠ .

(٣) د . حسام الدين الأهوانى — السابق — ص ٤٤٥ ، وراجع في هذا المعنى :
د . محمد ابراهيم دسوقى — السابق — ص ٣٢١ ، والوسيط للسنهورى — السابق — فقرة ٦٤٨ ، د . عبدالمنعم فرج الصده — مصادر الالتزام — ص ٥٢٢ ، حيث يقرر مدى اعتبار درجة الخطأ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت — مصادر الالتزام — ص ٤٦٠ — طبعة ١٩٥٤م ، د . اسماعيل غانم — السابق —

على أن هذا المسلك من جانب القضاء ، لا يبرره حريته المطلقة في تقدير التعويض بل انه ليستخدم هذه الحرية كوسيلة لتحقيق هدف معين هو عدالة التعويض ، فالفقه اذ يتناول تخفيف التعويض في حالة الخطأ اليسير بالنقد وعدم العدالة ، فانه يراعى اعتبار المضرور فحسب مع اتخاذ موقف من المسئول الذى ما فتئ يوصف في الفقه التقليدى بأنه مذنب ، سلك طريق الشر فوجب أن ينال جزاءه كاملا ، مع أن العدالة يجب أن تكون مشتركة بين المسئول والمضرور ، وهذه النظرة الفقهية التي تقوم على التفرق بين طرفى المسئولية وسخت بسبب التفرقة بين المسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية مع أن أساس المسئولية المدنية تطور في عمومه ، وانتقل من الفكرة الاخلاقية الى الفكرة الاجتماعية التي تعنى أن كون الفرد مسئولا ،لا يعنى أنه ارتكب عملا ملوما من الناحية الاخلاقية (١) ، ان الخطأ اليسيرالذى كان من الممكن تحاشيه بسهولة بعد ارساء قواعد المسئولية المدنية في مطلع القرن الماضي ، أصبح اليوم من مستلزمات النشاط بحيث لا يمكن القضاء على الخطأ اليسير الا بايقاف نشاط المجتمع ،هذا بالاضافة الى تشابك المعاملات ، والتوسع في النشاط الصناعي والنقل واستخدام قوى الطبيعة ، فان كل ذلك قد جعل من غير المقبول القول

— السابق – ص ١١٥ ، د . أنور سلطان – السابق – ص ٣٥٩ .
وراجع : د . سليمان مرقس – السابق – ص ٥٥٢ ،حيث يرى : ان قصد المشرع واضح في وجوب اقامة وزن في تقدير التعويض لجسامة خطأ المسئول كما كانت تفعل المحاكم في ظل التقنين الملغى ، وكذلك لكل ظرف ملابس للفعل الضار تقضى العدالة بوجوب مراعاته في تقدير التعويض، سواء كان هذا خاصا بالمضرور أم بالمصاب ، سواء كان مما يوجب التشديد أو التخفيف ، فيصح أن يقام وزن في تقدير التعويض ليس لما عاد على المسئول أو المضرور من فائدة بسبب الفعل الضار ، بل للحالة المالية لهما أيضا .

(١) د . محمد ابراهيم دسوقى – المرجع نفسه – ص ٣٢٤ .

بأن المضرور لم يساهم بفعله في وقوع الضرر ، كما أن تلك التطورات الحديثة للمسئولية المدنية تحبذ نوعا من المشاركة في تحمل الأضرار بين المضرور والمسئول للتطور الاجتماعي الذي حصل ، والذي جعل من الخطأ اليسير أمرا لا يمكن تحاشيه ، وتشديد التعويض معه سيكون مرهقا لمن يباشرون نشاطا ضروريا ونافعا للمجتمع كالنقل أو الصناعات الخطرة ، ومن ثم كان الاعتداد بمدى جسامة الخطأ في تقدير التعويض أمر مقبولا (١) .

٤٣٤ — جـ - الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه :

كما أن القاضي وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ، لن يستطيع تجاهل الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه في الضرر الأدبي ، حسبما تقتضيه المادة (١٧٠ من التقنين المدني)، فالضرر الأدبي الذي يصيب شخصا عاديا يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزا اجتماعيا أو أسريا مرموقا ، وكذلك الضرر الأدبي الذي يصيب شخصا لا يمارس التجارة أو لا يحتل مركزا ماليا معروفا يختلف عن غيره ممن يصيبه الضرر الأدبي في مقتل حيث يأتي على مركزه المالي

---

(١) المرجع السابق - ص ٣٢٤ - وما بعدها ، وقارن د . أنور سلطان - المرجع والمكان السابقان ، حيث يقرر أنه : وان كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض ، هي عدم الاعتداد بجسامة الخطأ لأن المسئولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسئول بل تعويض المضرور ، الا أنه من الناحية العملية ، ونزولا على مقتضيات العدالة يدخل القضاء في حسابه عادة عند تقدير التعويض درجة جسامة الخطأ الواقع من المسئول ، ومع ذلك فهناك حالة يعتد فيها بجسامة الخطأ ، وهي حالة تعدد المسئولين ، فاذا تعدد المسئولون عن الضرر ، وكان من بينهم المضرور جاز توزيع المسئولية فيما بينهم بحسب جسامة الخطأ الواقع من كل منهم (المادتان ١٦٩ ، ٢١٦ مدني) .

بالاضافة الى مركزه الأدبى (١) ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمهنة ودرجة الثقافة ، في كل هذه الأحوال وما اليها يجب على القاضي أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضرور فيكون التقدير ذاتيا ، حتى يتسم بالواقعية (١) .

.. كذلك أيضا بعد سلوك المعتدى عليه مما يمكن أن يدخل في تقدير التعويض عن الضرر الأدبى الذى أصابه ، فلو أن المجنى عليه ، قد شجع بمسلكه على الاعتداء على حقه الأدبى ، فان الضرر الذى يصيبه سوف يكون أقل ممن يحرص على المحافظة على حقوقه الأدبية، وهذا التفاوت في التقدير مما يتوائم مع المنطق ، لأن من فرط في حق نفسه ، لا يكون حريا بحفظ الغير له (٣) .

واذا كان التعويض يقاس بمقياس الضرر الذى أصاب المضرور ، فان الظروف الشخصية التي تحيط به ينبغى أن يكون لها اعتبار في تقدير التعويض ، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية ، فمن كان عصبيا فان الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصا سليم الأعصاب ، ومن كان مريضا بالسكر ويصاب بجرح ، فان هذا الجرح تكون خطورته أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (٤) .

---

(١) ومثل ذلك اطلاق اشاعة كاذبة عن امانة شخص وهو على وشك انجاز صفقة هامة فتؤدى الى عدم اتمامها .
راجع : د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠١ ، د. توفيق فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٨ ، د. اسماعيل غانم ـ السابق ص ١١٦ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٤١ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة ـ السابق ـ ص ٥٢٢ ، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٤٨ وما بعدها .

(٣) في هذا المعنى : د. حسام الدين الاهوانى ـ حق الخصوصية ـ ص ٤٤٥ .

(٤) راجع في هذا المعنى : التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعى والفقه الاسلامي ـ للدكتور سعيد عبد السلام ـ ص ١٨٤ وما بعدها ـ مؤسسة شباب الجامعة سنة ١٩٩٠م .

كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعـــول زوجة واطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول الا نفسه ، ويدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المالية ، وليس ذلك معنـــــاه أن المضرور اذا كان غنيا كان أقل حاجة الى التعويض من الفقـــــير ، فالضرر واحد سواء أصاب غنيا أو فقيرا ، وان الذى يدخل في الاعتبـار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الاصابة التي لحقته ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد .

كما يدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المهنية ، فالحريـــق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضررا أشد مما يصيب شخصا اتخذه مسكنا له ، ويختلف الضرر باختلاف المهنـــــة ، فمرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى (١) ،كما أن أقـل تشويه في الوجه قد يصيب مذيعة تلفاز بضرر أكثر من عاملة مصنـــــع ، وضعف البصر قد يصيب الرسام أو الساعاتى بضرر أكثر ممن يعمل بمهنة أخرى وهكذا (٢) .

---

(١) المرجع السابق - ص ١٨٥ - هامش (٤) .

(٢) د . محمود جمال الدين زكى - مصادر الالتزام - فقرة ٢٢٨ - طبعة ١٩٦٨م .

(المبحث الثاني)

كيفيـة تقدير التعويض عن الضرر الأدبـــى في الفقه الاسلامـي

٤٣٥ — تقدير التعويض هو الأداة الرئيسية لتحقيــق العدل ، وبعث الطمأنينة في النفس ، ونزع الغل من القلب ، ولهـذه العوامل أثرها في استقرار حياة الأفراد والمجتمع ، وأداة يترتب عليها مثل تلك الآثار الخطيرة ، لم يشأ التشريع الاسلامى أن يترك الاستبداد بها لجهة واحدة ، وانما وزع اختصاصاتها على جهات متعددة بما يمكن معه تحقيق غايات التعويض في أبلغ صورة وأحسن حالة . ولذلك كان تقدير التعويض في بعض صور الضرر الأدبى لنص الشارع ، أو لحكومـة العدل ، وفي بعضها الآخر لارادة الطرفين ، ويمكن ارجاع هــذه الوسائل الى وسائل ارادية ، ووسائل غير ارادية .

(الفرع الأول)

التقدير غير الأرادى لتعويض الضرر الأدبى

والوسائل غير الارادية تتمثل في تقدير التعويض بنص الشارع ، أو تقديره من خلال حكومة العدل ، حيث لا دخل لارادة المضرور أو المعتدى في التقدير .

٤٣٦ — أولا : تقدير التعويض بنص الشارع :

ينبغى ونحن نبحث عن كيفية تقدير التعويض عن الضـــرر الأدبى ، أن نستبعد من مجال دراستنا ، الجزاءات الجنائيـــة ، وبصفة خاصة القصاص ، لأن محل دراستنا هى الجزاءات التعويضيـــة التي تقوم على تقدير ما يقابل الضرر المعنوى الذى أحدثه المسئـــول للمضرور ، والجزاء الجنائى يغلب عليه طابع الردع ، لأن المعتـــدى عليه قد لا يرى تنفيذه في حال فوات نفسه بالجناية ، اذ الميـــت

لا يستفيد من القصاص شيئا وانما الذى يستفيد منه هو المجتمع، حيث يحفظ عليه أمنه وحياته ، فالقصاص من هذه الناحية يغلب عليه الطابع العام ، والتعويض يغلب عليه الطابع الخاص ولذلك ينبغى أن يتحدد مجال الدراسة باطاره .

٤٣٧ ـ مجال تقدير التعويض بنص الشارع :

ومجال تقدير التعويض بنص الشارع مرتبط بالعدوان على حق الانسان في سلامة جسده ، لأن جسد الانسان وعاء لحياته، والحياة ملك لله عز وجل ، فكان من الملائم لذلك ، أن يقدر مدى ما يعوض اصابة ذلك الجسد الذى خلقه بقدرته ، وأوجد فيه من المكنات والمواهب ما لا يقدر أحد على منازعته فيها أو محاكاتها ، ان أحدا من البشر لم يستطع حتى وقتنا هذا ، ولن يستطيع أبدا أن يخلق انسانا أو حتى ذبابة ، لأن الخلق من اختصاص الله عز وجل ، فالله هو الخالق ، قال تعالى : " الله خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل "(١) ، وقال تعالى : " هو الله الخالق البارىء المصور له الأسماء الحسنى"(٢) ، وقال تعالى : " ذلك الله ربكم خالق كل شيء لا اله الا هو "(٣) ، وقال تعالى : " فتبارك الله أحسن الخالقين " (٤) ، واذا كان الخلق من اختصاص الله عز وجل ، كان من مقتضى ذلك أن يكون له التفرد بتقدير ما يجبر التلف الواقع على البنية التي تأتلف منها صنعته ، ولذلك ورد تقدير التعويض عن الأضرار التي تمس سلامة الجسد بنص الشارع، ولذلك ورد النص على تقدير الدية وهى التعويض المقدر بالنص بدلا عن فوات النفس ،على النحو الذى ورد في كتاب الله الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، وعلى النحو الذى تكفلت ببيانه كتب الفروع .

---

(١) سورة الزمر ـ آية ٦٢ .

(٢) سورة الحشر ـ آية ٢٤ .

(٣) سورة غافر ـ آية ٦٢ .

(٤) سورة المؤمنون ـ آية ١٤ .

٤٣٨ — تعويض النفس والمنافع والأطراف :

أما بالنسبة لفوات النفس وتقويض البنية وضياع السلامة بالكلية ، فقد قدر الشارع لذلك الحق الفائت الدية كاملة ، والدية في اصطلاح الفقهاء: هى اسم لضمان يجب بمقابلة نفس الآدمى أو ما في حكمها من معانى النفس التي يجب بها دية كاملة (١) ، وقد ورد تقدير الدية في سنة النبي صلى الله عليه وسلم بأحاديث كثيرة أشهرها حديث عمرو بن حزم في الديات ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن كتاباً فيه الفرائض والسنن والديات ، وقد جاء فيه : " أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة ، فانه قود الا أن يرضى أولياء المقتول ، وان في النفس الدية مائة من الابل ، وفي الأنف اذا أوعب جدعه الدية ، وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمس عشرة من الابل ، وفي كل اصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل ، وفي السن خمس من الابل وفي الموضحة خمس من الابل ، وأن الرجل يقتل بالمرأة وأن على أهل الذهب ألف دينار " (٢) .

(١) تكملة فتح القدير - جـ ٨ - ص ٣٠١ ، وبدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٢٥٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٦٦ ونهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ٢٩٩ ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه - جـ ٧ - ص ٢٢٨ .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن حبان وأحمد واختلفوا في صحته .
راجع : سبل السلام للصنعانى - جـ ٣ - ص ٤٦٨ ، ونيل الأوطار للشوكاني - جـ ٧ - ص ٦٤ وما بعدها ، جواهر الأخبار والآثار على البحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٧١ - مؤسسة الرسالة ببيروت .

وقد روى ان عمر قام خطيبا في الناس فقال : الا أن الابل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفا ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة الفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة (١) ، وأخرج أبو داود مثله عن جابر بن عبدالله قال : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الابل مائة من الابل ... الخ" (٢) .

٤٣٩ — وقد دلت الأحاديث والآثار على أن ضمان النفس له مقدار محدد شرعا من المال ، وهو على نحو ما ورد في كتاب عمر و بن حزم : مائة من الابل ، أو ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أومائتا بقرة ، أو ألف شاة ، أو مائتا حلة ، وتجزئ في هذه الأشياء قيمتها ، كما قدرت للأطراف مقدارا معينا ، والقاعدة فيه ان ما كان في البدن منه واحد ، ففى فقده كل الدية ، وما في البدن منه اثنان ، ففي التعدى على واحد منهما نصف الدية ، وما في البدن منه عشرة ففي ضياع احداها عشر الدية وهكذا ، أما معانى النفس كالشم والذوق والكلام ، والصلب ، وغيرها من المعانى التى تبقى أعيانها دون فائدة ، ففي ضياعها كل الدية ، وهكذا .

ويلاحظ أن التقدير في هذه المواطن قد تم بنص الشارع بناء على ما ورد بشأنها في سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، واستقر عليه اجماع العلماء (٣) ، وبما يغنى الرجوع في تفصيلاتها وبيانها الى كتب الفروع عن تفصيلها في هذا المقام ، ولكن ما نود أن نشير اليه وتقتضيه الدراسة في هذا المقام ما يلى :

٤٤٠ — ١ - فقد الحياة أو ضياع معانى الجسد :

ويبدو مما قررته الأصول الشرعية القاضية بتحديد التعويض عن سلامة الجسم ، ان هذا التعويض قد ورد بشأن السلامة الجسدية اذا

---

(١) نصب الراية - جـ ٤ - ص ٣٦٢ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٣٦٣ .

(٣) راجع : المغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٧٥٩ .

فقدت بالتعدى ، وانتهت بالموت ،وهو ما يتخذ في اصطلاح الفقهاء اسم الدية ، التي تستحق بمقدارها الكامل والمحددة سلفا في حالتين :

٤٤١ـ الأولى : اذا فقدت النفس كاملة من جراء التعدى :

وذلك الاستحقاق سيكون مرهونا بتوافر شروط هذا الاستحقاق من كون فوات السلامة الجسدية قد ورد على سبيل الخطأ من المعتدى، كما قال الله تعالى : " ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا " ، أوكان محددا عن طريق الصلح اذا كان فوات النفس قد جاء على سبيل العمد وتراضى أولياء المقتول على الدية أو اذا كان شرط من شروط توقيع القصاص على المعتدى غير متوافر ، في هذه الحالات يكون استحقاق مقدار الدية كاملا أمرا مقررا .

٤٤٢ـ الثانية : فقد المعانى أو محالها بالكلية :

وتجب الدية كاملة اذا فقد معنى من معاني الحياة التي أوجدها الله في جسم الانسان والتي تتعلق بمحال معينة فيه،فالبصر معنى من المعانى يتعلق بالعين ، والسمع معنى من المعانى يتعلق بالأذن ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالشم والذوق ، والكلام والعقل والصلب والجماع ، هذه معان تتعلق بمجال ، واذا أسفر التعدى عن ضياع المعنى كلية ،أو ضياع محله كله ، تجب فيه دية كاملة كالنفس(١) ، ويتجزأ القدر المستحق من الدية بمقدار ما فقد من المعنى أو محله ، فلو ضاعت عين واحدة ، يجب نصف الدية ، ولو فقد البصر مع بقاء العينين بقاء ماديا لا ترى ، يجب دية كاملة ، ويلحق بفقد المعانى ما لا نظير له في البدن اذا أودت به الجناية ، وذلك كالأنف واللسان ، والذكر أو الحشفة ، والصلب اذا انقطع المنى ، ومسلك البول ، ومسلك الغائط ، والجلد وشعر الرأس وشعر اللحية اذا لم ينبت ، وكذلك شعر

---

(١) راجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٧٢ ، ومغني المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٧٦ وما بعدها ، وكشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ص ٤٧ .

الحاجبين ، فان كل تلك المحال اذا فقدت من جسم الانسان بالتعدى تجب فيها دية كاملة على خلاف بين الفقهاء في ذلك (١) .

فالقاعدة في تقدير الواجب أن تفويت النفس ، أو تفويت جنس المنفعة على الكمال أو ازالة جمال مقصود في الآدمى على الكمال يوجب كل الدية باعتباره نوع اتلاف للنفس فيلحق به ، وعلى هذا فما كان قائما من المنافع بعضو واحد ففي اتلاف هذا العضو الدية كاملة ، وما كان قائما بعضوين ففي اتلاف أحدهما نصفها ، وما كان قائمة بأربعة ، ففي اتلاف أحد هذه الأعضاء ربع الدية ، وما كان قائما بعشرة ففي اتلاف أحدها العشر (٢) .

٤٤٣ — فقد الأعضاء واحداث الجروح :

واذا كانت الدية تجب كاملة لفوات النفس أو معانيها ، أومحال المعانى كاملة كالعينين والأذنين ، واليدين ، والرجلين ، فان مقدار المستحق من الدية يتجزأ ، على عدد أفراد المحال في جسم الانسان ، وفي هذا الصدد يسمى المستحق عن الطرف الذى أودى به التعدى ارشا .

---

(١) راجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣١١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير - جـ ٤ - ص ٢٧٢ ، والمهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٠٠ ، ومغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ٦١ ، وكشاف القناع - جـ ٦ - ص ٣٧ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ١ وما بعدها - طبعة مكتبة الرياض الحديثة .
وكذلك الأمر فيما يتعلق بضياع الأسنان كلها تجب فيها الدية كاملة ، وفي السن الواحد خمس من الابل ، راجع في تفصيل ذلك وبيان أدلته : المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢١ .

(٢) راجع : د . محمد سراج - ضمان العدوان - ص ٤٤٩ .

والأرش : هو العقوبة المحددة شرعا لفوات ما دون النفس من الأطراف واحداث الجروح (١) ، والقاعدة بالنسبة لفقد الأعضاء ان مقدار التعويض المستحق شرعا يتجزأ بتجزأ المحال :

فالأعضاء التي في البدن منها أثنان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفتين والحاجبين اذا ذهب شعرهما نهائيا ولم ينبت ، والثديين والحلمتين ،اذا ذهب واحد منها تجب فيه نصف الدية .

وما في البدن منه أربعة كاشفار العينين وهي حروف الأجفان التي ينبت عليها الشعر ، ففي كل واحد منها ربع الدية ، وفي اثنين منها نصف الدية وما في البدن منه عشرة وهو أصابع اليدين وأصابع الرجلين عشر الدية وفي كل أنملة ثلث دية الأصبع ، الا أنملة الأبهام ففيها نصف ديتها ولا يفضل أصبع على أصبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " في كل اصبع عشر من الابل ، وفي كل سن خمس من الابل ، والأصابع سواء والاسنان سواء " (٢) .

---

(١) يطلق الحنفية الأرش على الواجب فيما دون النفس ،والدية على بدل النفس ، راجع : تكملة فتح القدير - جـ ٨ - ص ٣٠١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٤٠٦ ، والشافعية يدخلون معنى الارش تحت مسمى الدية ، لأنها عندهم : المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو ما دونها ، ورأيهم أوفق ، لأن الدية الكاملة تجب في أحيان كثيرة بالاعتداء على ما دون النفس ، على نحو ما رأينا ، راجع : مغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ٥٣ ، وبعض الحنفية يعرفون الدية بأنها : " اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه ،راجع: تكملة فتح القدير - المكان السابق .

(٢) رواه الخمسة الا الترمذى من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ، وراجع : بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣١١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٧٧ ، ومغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ٦٢ ، والمغني لابن قدامه - جـ ٨ - ص ٧ ، كما يجب في السن خمس من الابل - ابن قدامة - المرجع نفسه - ص ٢١ وما بعدها .

٤٤٤ — التقدير المحدد لتعويض الجروح والشجاج :

يفرق الفقهاء بين الجروح والشجاج على أساس محالها ، فمحال الجروح سائر البدن ما عدا الوجه والرأس ، ومحال الشجاج : الرأس والوجه ، والأرش المقدر عن الشجاع والجروح يختلف باختلاف نوع الجرح أو الشجه ففى الموضحة ، وهي التى توضح العظم في الرأس أو الجسم (١) : خمس من الابل أى نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة ، وهي التي تهشم العظم عشر من الابل ، أى عشر الدية وفي المنقلة ، وهي التي تنقل العظم خمس عشرة من الابل ، وفي الآمة التي تصل الى جلدة الدماغ تحت العظم ثلث الدية وكذلك الدامغة ، وهي التي تخرق غشاء الدماغ وتصل اليه ، وكذلك الجائفة من الجروح وهي التي تصل الى جوف الانسان من الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو ما بين الانثيين أو الدبر والحلق ، ولا تكون الجائفة في اليدين ولا في الرجلين ولا في الرقبة ، لأن الجرح لا يصل الى الجوف من تلك الأماكن .

٤٤٥ — مقومات التقدير المحدد بالنص :

ويقوم تقدير التعويض المستحق عن فوات السلامة الجسدية على أمرين هما : المساواة في تقدير المستحق عن التعدى الحاصل عند اتحاد مقداره ، دون اعتبار لمحله ، اذ الفرض ان المحل متحد بالنسبة لسلامة البدن عند كل انسان بحسب الأصل ، ففوات النفس مقداره واحد ، وكذلك مقدار المستحق بسبب فوات المنفعة أو ضياع الأطراف أو الأعضاء ، حيث لا يختلف المقدار من انسان لآخر أصلا ، ولكن اعتبار المساواة في التقدير لا يمنع من اعتبار آخر لا يقل عنه أهمية ، وهو اعتبار العدالة ، وليقوم التقدير على المساواة والعدل . ان اعتبار العدالة في تقدير التعويض ليمثل أهمية بالغة في اضفاء نوع من

(١) يرى جمهور الفقهاء ، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة ، انه ليس في موضحة غير الرأس والوجه ارش مقدر ، لقول الخليفتين الراشدين : الموضحة في الوجه والرأس ، راجع : المغنى — جـ ٨ — ص ٤٤ .

الفاعلية له تتواءم مع تحقيق معنى الردع الذى يجب أن يتسم به التعويض ، ولذلك كان اعتبار التشديد في التقدير قائما ، طالما كان له مبرر .

زيادة الألم تستوجب زيادة التقدير :

ومعنى العدالة في التقدير يقتضى زيادته ، اذا قامت أسباب تستوجب تلك الزيادة ، ولذلك ورد النص على تغليظ الدية في قتل العمد لجسامة العدوان فيه ، فتجب مثلثه عند المالكية والشافعية ، ومحمد بن الحسن من الحنفية ، أى ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعه وأربعون خلفه (أى حاملا) ، ودليلهم ما روى عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " الا أن قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها " (١) ، وبما أخرجه أبو داود والترمذى من طريق عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم : " الدية ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة في بطونها أولادها " (٢) ، والمراد بالدية في الحديث الدية المغلظة (٣) ، وعند الحنفية والحنابلة الدية المغلظة تؤخذ أرباعا : خمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون حقه ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض ، وذلك لما رواه الزهرى عن السائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعا : " خمسا

---

(١) رواه الخمسة الا الترمذى ، راجع : نيل الأوطار ـ للشوكاني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٤ ، وما بعدها ، وسبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٤٨٠ ، وجواهر الأخبار والآثار على البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٧٣ .

(٢) سبل السلام ـ السابق ـ ص ٤٧٨ ـ وجواهر الأخبار ـ المكان السابق .

(٣) سبل السلام ـ المكان السابق .

وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقه ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمسا وعشرين بنت مخاض" ، وقضى بذلك ابن مسعود (١) .

٤٤٦ — وهذا التقدير يختلف عن مثيله الواجب في الدية المحققة ، والتي تكون في جريمة أخف كالقتل الخطأ ، حيث تجب مخمسة باتفاق المذاهب ، لما رواه ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " في دية الخطأ عشرون حقه ، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض " (٢) ، وهذا التقدير يؤدى الى زيادة القيمة الواجبة من تقدير الدية لاختلاف قيمة الواجب بالزيادة في المثلثة عنه في المربعة ، وهذه الزيادة في القيمة يمكن أن تتخذ أساسا لضبط قيمة الواجب في تقدير الدية بالذهب أو الفضة أو النقود بصفة عامة ، حتى ان فقهاء المالكية قد ضبطوا قيمة الزيادة في الدية المغلظة بنسبة الفرق بين الديتين المخففة والمغلظة ومن المعروف أن قيمة نوعيات الواجب في الدية المثلثة ، وخاصة الحوامل منها أعلى من غيرها ، مما يقطع بوجود فرق واضح في قيمة الواجب في كلا التقديرين ، فلو ان قيمة المثلثة تساوى مائة وعشرين ،

---

(١) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥٤ ، والمغني لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٦٦ .

(٢) أخرجه الدار قطنى ، وأخرجه الأربعة بلفظ : وعشرون بنو مخاض بدل من بني لبون ، واسناد الأولى أقوى ، راجع : سبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٤٧٧ .

والحقه هي التي دخلت في السنة الرابعة ، والجذعة هي التي دخلت في السنة الخامسة ، وبنت اللبون هي التي دخلت في السنة الثالثة ، وبنت المخاض هي التي دخلت في السنة الثانية . وراجع : بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥٤ ، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٠٢ ، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٥٤ ، والمغني لابن قدامه ـ جـ ٧ ـ ص ٧٧٩ وما بعدها .

وقيمة المخففة بعد تأجيلها الى ثلاث سنين ، كما هو مقرر ، يساوى ماثة ، فان الفرق بين القيمتين يكون مقدار الزيادة الواجبة في تقدير التعويض ، وهذا المبلغ هو الذى يمثل قيمة الزيادة (١) ، وربط الزيادة بالالم لم يقتض ابراز مسألتين : الأولى مقدار الزيادة الواردة في التقدير المنصوص عليه ، والثانية ، الظروف التي تستحق فيها تلك الزيادة .

٤٤٧ — المسألة الأولى : مقدار الزيادة الواردة في التقدير :

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء في تقدير الواجب في كل من الدية المغلظة والمخففة ان فرق القيمة بين التقديرين يمثل مقدار الزيادة الواجبة في تلك الحالة ، فان هناك تقديرا آخر للزيادة أثر عن عثمان رضي الله عنه ، حيث قضى في امرأة وطئت بالاقدام في الطواف بستة آلاف ، والفين تغليظا للحرم فمقدار الواجب هنا : الفان ورد النص عليهما صراحة (٢) ، وعن ابن عمر أنه قال : من قتل في الحرم أو في الشهر الحرام أو ذا رحم محرم ، فعليه دية وثلث (٣) ، وعن ابن عباس ان رجلا قتل في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال : ديته اثناعشر الفا ، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف ، يقول ابن قدامة : وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت اجماعا (٣) .

---

(١) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ ٤ — ص ٢٦٧ ، وبداية المجتهد — جـ ٢ — ص ٤١١ ، وجمهور فقهاء الحنفية لا تغليظ عندهم الا في الدية المقدرة بالابل خاصة ، راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق — لابن نجيم — جـ ٨ — ص ٣٧٣ — طبعة دار المعرفة ببيروت .

(٢) المغني — لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٧٧٣ . وراجع : ارواء الغليل — جـ ٧ — ص ٣١٠ .

(٣) المرجع والمكان السابقان ، وارواء الغليل — جـ ٧ — ص ٣١١ ، وقارن ما ذهب اليه صاحب البحر الزخار — جـ ٦ — ص ٢٧٣ ، حيث يرى : ان القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو قتل ذى الرحم والعمدية المحضة تستوجب التشديد بوجوب الدية كلها اثلاثا .

٤٤٨ — المسألة الثانية : ظروف استحقاق زيادة التقدير :

وتتحدد المواطن التي تستحق فيها تلك الزيادة بعدد من الظروف التي تبرز دراستها أن وجود تلك الزيادة مقترن بما يحيط وقوع التعدى في تلك الظروف من زيادة الألم الحاصل منه ، وهذه الظروف قد ترتبط بالمعتدى عليه في سلامة جسده ، وقد تقترن بظروف التعدى الزمانية والمكانية ، وقد تقترن بمقدار الضرر الناشئ عن التعدى ونشير الى ذلك بشيء من التفصيل :

٤٤٩ — أ — الظروف المرتبطة بالمعتدى عليه :

قد يكون المعتدى عليه في سلامة جسده قريبا للمعتدى ، وقد تكون هذه القرابة قوية لدرجة تفرض على صاحبها واجب الحرص الزائد والعناية الخاصة ، فلو ان هذا المعنى قد انقلب الى نقيضه ، يكون ذلك التحول ذا مغزى في زيادة تقدير التعويض ، ولهذا المعنى قضى فقهاء المالكية بوجوب الدية مغلظة على الأب اذا قتل ولده (١) ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتعدى على حياة ذى الرحم حيث أثر عن ابن عمر رضي الله عنه قوله : " من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث " (٢) ، وذلك ما رآه الشافعية ، (٣) ، وقد روى ان رجلا قتل رجلا من أهل الذمة عمدا ورفع الى عثمان رضى الله عنه فلم يقتله ، وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم (٤) .

٤٥٠ — ب — ظروف التعدى الزمانية والمكانية :

ومن الظروف التي تقتضى التشديد ظروف التعدى الزمانية والمكانية ، حيث ان وقوع التعدى في زمان أو مكان مفضلين يقتضى

---

(١) بداية المجتهد — لابن رشد — جـ ٢ — ص ٤٠١ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير — جـ ٤ — ص ٢٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة — جـ ٧ — ص ٧٧٣ ، وسبل السلام للصنعانى — جـ ٣ — ص ٤٧٩ .

(٣) راجع : المهذب للشيرازى — جـ ٢ — ص ١٩٦ ، ومغني المحتاج — جـ ٤ — ص ٥٤ .

(٤) قال ابن حزم هذا في غاية الصحة ، راجع : ارواء الغليل — جـ ٧ ص ٣١٢ .

زيادة التقدير ، ولهذا ورد النص على زيادة الواجب بفوات السلامة كلية اذا وقع التعدى في الحرم تحقيقا لمعنى الامن فيه وتشديدا على من تسول له نفسه التعدى على غيره في رحابه ، ان مكان الحرم يجب أن يكون مكان أمن وطمأنينة ، حتى يجد المؤمنون في رحابه أسباب التفرغ الكامل لعبادة الله تعالى ، وتحقيقا لهذا المعنى شدد الشارع في المؤاخذة على من يعتدى بجواره ، وورد ما يدل على هذا المعنى في حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " ان أعتى الناس على الله ثلاثة : من قتل في حرم الله ، أو قتل غير قاتله ، أو لذحل الجاهلية "(١) ، ولذلك ذهب الشافعية الى التغليظ في الدية لمن قتل في الحرم أو في الأشهر الحرم ، لأن الصحابة غلظوا في هذه الأحوال (٢) ، وذهب الى هذا الحنابلة (٣) ، ومن خلال ما قرره الفقهاء في هذه المسألة يظهر مدى ما لزمان التعدى ومكانه من أثر في تقدير الزيادة المستحقة من جراء التعدى .

٤٥١ — جـ — الظروف المقترنة بطبيعة الضرر :

وقد تكون طبيعة الضرر في حد ذاته قد وصلت الى حد من الجسامة يجعل تقرير الزيادة أمرا تمليه مبادئ العدل ، كما لو تعددت المعانى التى فاتت بالعدوان فان الواجب يتعدد ، ولو تجاوز الدية ، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل ونكاحه والرجل حى (٤) ، والزيادة في تلك الحالة مرتبطة بتعدد أسبابها من جراء التعدى ذاته ، ومن أمثلة قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة ما لو

---

(١) أخرجه ابن حبان في حديث صححه ، راجع : سبل السلام — جـ ٣ — ص ٤٧٩ .

(٢) المرجع والمكان السابقان — ومغني المحتاج — المكان السابق ، والمهذب للشيرازى — المكان السابق ، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ — ص ٤٦٨ .

(٣) المغنى لابن قدامه — جـ ٧ — ص ٧٧٢ وما بعدها والأشهر الحرم هي : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب .

(٤) ذكره أحمد ، وهو حديث حسن ، راجع : ارواء الغليل للألباني — جـ ٧ — ص ٣٢٢ .

تسبب المعتدى في قطع اصبع من أصابع اليد ، فاضطر المعتدى عليه الى علاجها مما كلفه نفقات كثيرة ثمنا للعلاج ، وامتنع عليه في الوقت نفسه مزاولة عمله فترة طويلة كما عانى آلاما قاسية ، فهل يقف الواجب عند مقدار عشر الدين لا يتعداه ؟ ، ان قيمة الواجب المقدر عشر الدية ، وقيمته تساوى خمسة عشر ألف جنيها مصريا (١) ، فلو ان هذا المبلغ قد انفق بكامله على العلاج ، فهل تكون الاضرار الأخرى قد جبرت ، وهي الخسارة التي لحقت بالمعتدى عليه من ترك العمل ، والالم الذى حل به بالطبع لا !! (٢) .

ان الضرر يجب أن يرفع بكامله بما يتضمنه من أضرار مالية أو غير مالية أو مجرد آلام نفسية ، وقد اعتبر فقهاء الحنفية الألم النفسى من الأضرار التي يجوز للقاضي تعويضها ، وقد ذكر السرخسى عن الامام محمد : " في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر حكومة بقدر ما لحق المضرور من الألم ، وعن أبى يوسف رحمه الله : يرجع على الجانى بقدر ما احتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى

---

(١) راجع : د . محمد سراج ـ السابق ـ ص ٤٥٠ هامش (١) .

(٢) كان القضاء الكويتى يعتبر الدية تعويضا عن الاصابة في ذاتها ، بما يعنى الرجوع ببقية الأضرار الأخرى التي أحدثها الضرر لتعوض مستقله ، لكنه عاد في حكم لاحق واعتبر الدية كل ضرر يصيب النفس ، حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ـ دائرة التمييز بتاريخ ١٩٧٥/٢/١٢٤م ، مشار اليه في : د . بدر جاسم ـ رسالة دكتوراه ـ استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتى ـ جامعة القاهرة عام ١٩٧٨ ـ ص ٢١٤ . والمادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١م والمعدل بالقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ، تمنع القاضى من الحكم بتعويضات أخرى أكثر من الدية ـ المرجع والمكان السابقان .

اندملت (١) ، وقد نسب صاحب مجمع الضمانات القول بوجوب ارش الألم الى أبي يوسف (٢) وقد قرر ذلك صاحب البحر الزخار بقوله : " وتقدر حكومة العدل التلف بتقدير المعتدى عليه عبدا وتقدر قيمته مع الجناية وعدمها ، وما بينهما يكون هوأرش الضرر منسوبا الى الدية ، ثم يقول : وتضم اجرة الطبيب وثمن الدواء وتعطله عن العمل ، ويحقق النظار في قدر ضعف العضو ان ضعف " (٣) ، ويقول أيضا : " ومن أبان سنا فودا ها ثم ردت ، فثبتت كما كانت استرجعت الدية لئلا يجمع للمجنى عليه بين المبدل والبدل واذا ردت ففي الالم حكومة ، وهو الأعدل (٤) ، ويقول : " وفي سن صبي لم يثغر حكومة فاذا لم تنبت فدية ، وان عادت فلا شيء وفي الايلام حكومة عدل " (٥) ، ومن خلال هذا البيان يستبين ان زيادة الألم أو حصول الالم مستقلا مما يقتضي التعويض عن طريق حكومة العدل (٦) .

٤٥٢ ـ ثانيا : تقدير التعويض بحكومة العدل :

ومن الصور التي يتم فيها تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الحاصل من فوات السلامة ، دون تدخل لارادة المضرور أو المسئول ، تقدير حكومة العدل .

---

(١) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١ .

(٢) مجمع الضمانات ـ ص ١٧١ .

(٣) البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٨٢ .

(٤) المرجع نفسه ـ ص ٢٨٠ .

(٥) المرجع والمكان السابقان ، وقد جاء في المغني لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٣ : " وان كسر له سنا فنبت مكانها أكبر منها فحكومه لأن ذلك عيبا ، وان نبتت مائلة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها فدية ، وان كان ينتفع بها فحكومه للشين الحاصل ".
وورد في بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٠ قوله : " وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها ". روى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، وفي رواية عن مالك : اذا شانت الوجه ففيها حكومة من غير توقيف .

(٦) في هذا المعنى : د . محمد سراج ـ السابق ـ ص ٤٥٠ .

وحكومة العدل تتمثل في أن يقوم رجلان عدلان بتقويم المتلف الذى لم يشرع فيه تقدير معين من خلال اتباع معايير معينة (١) ، وقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها : " كل ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس فيه أرش مقدر ففيه حكومة (٢) ، ويمكن وفقا للأعراف السارية اليوم والتى تقضى باسناد مثل هذا العمل الى القضاة الذين يتولون النظرفي القضية ، أن يكون التقدير من ضمن اختصاصهم لاتصاله الوثيق بمحل النزاع ، ولأنه مما يلجأ المتنازعون بسببه الى القضاء ، على أن يمارس القضاء تقويمه للضرر من خلال الاخصائيين والخبراء الذين يتولون نيابة عنه النظر في الجوانب الفنية للضرر ، ويقدمون له تقريرا له صفة الالزام ، وفي هذا المعنى يقول صاحب البحر الزخار : " اذا قدرت فيلزم الحاكم الحكم بتقديرها " (٣) .

٤٥٣ _ مجال تقدير حكومة العدل :

من الأمور المقررة شرعا ان مجال تقدير حكومة العدل محدد بحالة ما اذا لم يرد تقدير شرعي للضرر على نحو ما سلف ، والتقدير الشرعي للضرر هو ما ورد بصفة خاصة عن النبى صلى الله عليه وسلم (٤) ، والاجماع منعقد على أن ما دون الموضحة من الجروح والشجاج ليس فيها ارش مقدر ، وانما فيها حكومة عدل (٥) ، ولا ينال من وصف الواجب بأنه حكومة عدل أن يرد فيه تقدير محدد ، مثل الذى نقله الفقهاء عن الصحابة رضى الله عنهم بتقدير معين للضرر ، حيث حدده بعضهم بأجرة

---

(١) في هذا المعنى : البحر الزخار _ جـ ٦ _ ص ٢٨٢ .

(٢) بدائع الصنائع _ جـ ٧ _ ص ٣٢٣ ، وبداية المجتهد _ جـ ٢ _ ص ٤١٩ وما بعدها ، ومغنى المحتاج _ جـ ٤ _ ص ٧٧ ، والمغنى لابن قدامة _ جـ ٨ _ ص ٥٥ .

(٣) البحر الزخار _ المكان السابق .

(٤) موطأ مالك _ ص ٧٤٥ ، والمغنى لابن قدامة _ جـ ٨ _ ص ٥٦ .

(٥) بداية المجتهد _ جـ ٢ _ ص ٤١٩ ، حيث نقل اتفاق العلماء على ذلك .

الطبيب ، أو كما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق (١) بنصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الابل ، وروى عن زيد بن ثابت انه قال : في الدامية (٢) بعير ، وفي الباضعة (٣) بعيران ، وفي المتلاحمة (٤) ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة (٥) .

٤٥٤ — وقد قرر الفقهاء ان ذلك التقدير لا يعدو - وهو في مجال حكومة العدل - أن يكون تقديرا موقوفا ، لما هو معروف ان المقادير لا مجال فيها للاجتهاد ، وذلك ما عليه جمهور الفقهاء ، اذ الأصل في الجراح الحكومة الاما وقتت له السنه حدا (٦) ، ووجوده مع اتفاق الفقهاء يجعله أقرب الى التقدير التقريبي للحكومة منه الى التقدير الموقوف . أو كما قال الشافعي رضي الله عنه : ان ذلك كان من زيد تقويما لا توقيتا (٧) .

وحيث تقرر ذلك ، يكون ما دون الموضحة من الشجاج والجروح مما يخضع لتقدير حكومة العدل ، وكذلك الأمر فيما دون الجائفة من الجراح ، لأن الجائفة قد ورد فيها تقدير محدد ورد في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم ، وقد جاء فيه : " وفي الجائفة ثلث الدية " (٨) ، فيكون ما دون الجائفة من الجروح مما يدخل في نطاق

---

(١) السمحاق : هى التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة التي تفصل بينه وبين العظم والتى تسمى بالسمحاق .

(٢) الدامية : هى التى تسيل الدم .

(٣) الباضعة : التي تقطع اللحم .

(٤) المتلاحمة : هي التي تغوص في لحم المعتدى عليه .

(٥) راجع : بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤١٩ ، البحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٨٩ .

(٦) المرجع والمكان السابقان ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٥٥ .

(٧) بداية المجتهد - السابق - ص ٤٢٣ .

(٨) موطأ مالك - ص ٧٣٧ ، جواهر الأخبار والآثار - جـ ٦ - ص ٢٧١ .

تقدير حكومة العدل ، وكذلك الأعضاء القائمة في جسم الانسان لذاتها دون منفعة ، كلسان الأخرس واليد الشلاء وذكر الخصي والعنين ، والعين القائمة الذاهب نورها ، والأصبع الزائدة ، والسن الزائدة ، حيث تجب في هذه الأعضاء حكومة عدل لأنها جزء من النفس، واجزاء النفس مصونة لذاتها وبصرف النظر عن نفعها ، وكذلك فوات الجمال ، واحداث الألم المجرد كاللطمة ، وكذلك المنافع المعنوية وهي قوى النفس وغرائزها ، كالعقل والسمع والبصر والنطق والذوق ، فان فقدها بالكلية مما يوجب الدية كاملة أما فقد بعضها ففيه حكومة عدل (١) .

٤٥٥ — المعايير التقديرية لحكومة العدل :

وحكومة العدل وهي تقدر الضرر وتقيمه ، انما تتوخى في مهمتها تحقيق العدل الذى يسفر عن جبر الضرر كاملا ، والعدل يقتضي وضع معايير ارشادية للقائمين على التقدير ، حتى يكون العدل قائما على أساس من التساوى بين الناس جميعا ، وقد ذكر الفقهاء أن حكومة العدل وهي تقوم بمهمتها في التقدير انما تستأنس بمعايير لتقدير الضرر ، ومعايير أخرى لاستخراج القيمة التي يستحقها تعويض هذا الضرر ، ونجلي بيان ذلك :

٤٥٦ — أ - معايير تقدير القيمة :

هناك ثلاث طرق في الفقه لتقدير قيمة الضرر الحاصل على سلامة البدن ، وهذه الطرق الثلاث يمكن أن نسمى أولها طريق الافتراض ، ونسمى ثانيها طريق التقريب ، ونسمى ثالثها طريق التقدير العملي .

---

(١) بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣٢٣ ، ونهاية المحتاج للرملي - جـ ٧ - ص ٣٥٩ ، وبداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤٢١ وما بعدها . والبحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٨٢ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٦٠ .

٤٥٧ — ١- اما طريق الافتراض :

نقد اثر عن الامام الطحاوي الحنفي ،وهى المعمول بها عند الحنفية ،وغيرهم من المذاهب الأخرى ، وتقوم هذه الطريقة على أساس افتراضى بحت يمكن من خلاله تصور القيمة ، وقد عبرعن مضمون هذه الطريقة الامام الخرقى الحنبلى في مختصره بقوله :" والحكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لاجنا ية به ، ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية ، كأن تكون قيمته ، وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة ، فيكون الواجب عشر ديته ، يقول ابن قدامة في المغنى : هذا الذى ذكره الخرقى -رحمه الله - في تفسير الحكومة ، قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم خلافا فيه ، وبه قال الشافعي والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم ، قال ابن المنذر :كل من تحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال : اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم ، كم قيمة هذا المجروح ، لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح ؟ ، فاذا قيل مائة دينار ، قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ ، فان قيل خمسة وتسعون ، فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية ، وان قيل تسعون فعشر الدية ، وان زاد أو نقص فعلى هذا المثال (١) ، وانما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فاجزاؤه مضمونة منها (٢) .

٤٥٨ — ٢ - طريق التقريب :

انتقد طريق الافتراض في تقدير قيمة الضرر بأنه يقوم على

---

(١) المغنى لابن قدامة مع مختصر الخرقي - جـ ٨ - ص ٥٧ ومابعدها ، وراجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ٥ ص٤١٢ ، وبدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣٢٤ ، ومغنى المحتاج - جـ٤ - ص٧٧ والبحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٨٢ ، حيث يقرر ضم أجرة الطبيب وثمن الدواء وتعطله عن العمل الى تلك القيمة . وراجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٧١ .

(٢) المغني لابن قدامة - المكان السابق ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه - جـ ٧ - ص ٢٧٧ .

افتراض يتعذر اللجوء اليه في وقتنا الحالي لعدم وجود الرق (١)، ولذلك رؤى اختيار معيار آخر وهو طريق التقريب .

وطريق التقريب يقوم على تصور واقع ، يتمثل في الحاق الضرر غير المقدر بالضرر المقدر ومعرفة قيمته من خلال الحاقه به ، وهذه الطريقة منسوبة للامام الكرخي الفقيه الحنفي المعروف ، وتقوم على تقريب الضرر الى أقرب ضرر له أرش ، ففي الشجاج مثلا ينظر كم مقدار الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية المقرر للموضحة (٢) .

وهذه الطريقة من شأنها انها تجعل التقدير أقرب ما يكون للمنصوص عليه ، وهو ما يبعث الطمأنينة في اصابة تقدير الشارع قدر المستطاع .

٤٥٩ ـ ٣ـ طريق التقدير العملي :

وهذا الطريق يقوم في أساسه على شهادة أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء وغيرهم ممن يمارسون الفحص والعلاج ، لأن تقييمهم لقيمة الضرر تنبع من الواقع العملي الذى يعايشونه بالفعل ، وقد أثر هذا التقدير عن الامامين أبي يوسف ومحمد (٣) ، وقال به بعض المحدثين من الفقهاء (٤) .

وهذا الطريق في نظرنا طيب وملائم وعملي ، لولا ما كشفت عنه التجربة في مصر من سهولة الحصول على تقرير من طبيب يقدر اصابة معينة في شخص فيستغله ضد الأبرياء مكيدة ونكاية ، فلو تم تنظيم هذا الطريق بحيث ينأى به عن استغلال البعض ممن انعدمت فيهم نخوة الضمير حتى

---

(١) في هذا المعنى : د . وهبه الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته ـ جـ ٦ ـ ص ٣٥٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ نفس المكان السابق ، والبحر الزخار ـ نفس المكان السابق ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٦٣ .

(٣) المبسوط ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١ ، ومجمع الضمانات ـ ص ١٧١ .

(٤) د . وهبه الزحيلي ـ السابق ـ ص ٣٥٩ .

اتخموا ساحات المحاكم بكثير من القضايا الظالمة والتهم الباطلة ، والتى لا تجد المحكمة فيها بدا من الحكم بناء على تلك التقارير .لكان أفضل .

والقانون الكويتى وفقا لما تقضى به المادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١م ، والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧م ، قد اعتبر الدية تعويضا عن الاصابة في ذاتها ، أى أنها تعويض عن الضرر الجسمانى ، لكنه ذهب فيما يتعلق بالدية على ما دون النفس فى أغلب الحالات بربط تقدير الدية بنسبة العجز الحاصل في قوة الجسم كله وفقا للتقارير الطبية والتي تحرر وفقا لنسب معينة تبدأ بستين ، ثم ثلاثين ، ثم عشرين ، ثم عشرة في المائة ، فاذا فقد المضرور ثلاثين في المائة من قوة الأبصار ، وعشرة في المائة لاصابة الساق ، فان نسبة الاصابة بالنسبة لقوة الجسم تكون أربعين بالمائة ، ومن العجيب في أحد التقارير التي قد أصدرت المحكمة بمقتضاها حكما ، انه قد حدد عجزا قدره ستون بالمائة من قوة الجسم لطفل نتج له من الحادث عجز في الحركة وكشف التقرير انه قد اصيب بشلل نصفى تام في الوجه وشلل نصفى غير تام بالأطراف مع صعوبة في النطق ، ولا يستطيع مع هذه الاصابة القيام أو القعود الا بمساعدة شخص ، واعطى مع كل تلك الاصابات تعويضا يعادل ستين بالمائة من قيمة الدية ، ولو طبقت قواعد التقدير الصحيح للدية لاستحق. عن كل منفعة فقدت دية كاملة ، وان نقصت المنفعة استحق ديتها منقوص بنسبة نقص المنفعة ، وهذا بالتأكيد يتجاوز مقدار الدية الكاملة ولا يقف عند نسبة الستين في المائة التي تقيد بها تقرير الطبيب (١) .

٤٦٠ — ب — معايير تقدير الضرر :

وهناك أنواع أخرى من المعايير الارشادية التي يمكن لحكومة العدل أن تستأنس بها في تقدير الضرر بما يمكن معه ضبط قيمته على

---

(١) راجع في هذا المعنى : رسالة بدر جاسم — ص ١٩٧ ومابعدها، وحكم محكمة الكويت الكلية — تجارى كلى ٧ بتاريخ ٢٠ / ١ / ١٩٧١ — المشار اليه فيه .

نحو أقرب الى العدالة ، وهذا التقدير يختص بنوع الضرر الواقع على مقومات الحق في سلامة جسد الانسان ، كما يختص بغير ذلك من أنواع الضرر الأدبى الأخرى ، ومن ثم يكون لمعايير تقدير الضرر مجالان :

٤٦١ — أولهما : تقدير الضرر في فوات السلامة :

وتقدير الضرر الأدبى الواقع على حق الانسان في سلامة بدنه يمكن أن يقع على منفعة من منافع البدن كالعقل والسمع والبصر والذوق ، والفقهاء متفقون على أن المنفعة اذا فقدت كاملة ففيها دية ، واذا فقد بعضها يكون تقدير الضرر بقدره ، ولكن ما هو معيار تقدير قيمة الضرر ؟ لقد ضرب الفقهاء أمثلة تجيب عن هذا التساؤل وتبرز مقدار الضرر في عدد من منافع الجسم التى أودى بها التعدى وذلك من خلال اختبارات تجرى فتبرز مقدار الضرر في فوات العقل والبصر والسمع والذوق والنطق وذلك على النحو التالى :

٤٦٢ — ١ — الضرر الواقع على القوى العقلية :

عقل الانسان من أكبر المعانى قدرا وأعظم الحواس نفعا ، فبه يتميز الانسان عن البهيمة ، ويعرف حقائق المعلومات ، ويهتدى الى مصالحه ، ويتّقى ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات واداء العبادات ، فكان بايجاب الدية بفقده كاملا أحق من بقية المعانى والحواس ، فان كان نقص العقل معلوما مثل ان صار يجن يوما ويفيق يوما ، فعليه من الدية بقدر ذلك ، لأن ما وجبت فيه الدية كاملة ، وجب بعضها في بعض (١) ، وهذا النقص المعلوم لا يثير صعوبة في التقدير ، اما اذا لم يكن النقص معلوما ، كما لو جعلته الجناية مدهوشا (٢) ، أو يفزع مما لا يفزع منه ، أو يخاف العزلة ويستوحش الخلوة ، هذا الضرر بقدره القاضى حسبما يرى (٣) .

---

(١) المغنى — لابن قدامة — جـ ٨ — ص ٣٧ .

(٢) المدهوش : هو المتحير ، أى المضطرب التائه ، راجع : مختار الصحاح — ص ٢١٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة — المكان السابق .

ويرى بعض فقهاء المذهب الزيدى : ان نقسم الدية على علوم العقل العشرة ، ثم يعطى المضرور بقدر ما نقص عليه منها ، وهذه العلوم هى : علم حال النفس فيسأل هل هو شابع أم جائع ؟ ، وعلم البديهة ، فيسأل هل العشرة أكثر من الخمسة ؟ ، وعلم الخبره ، فيسأل هل الحجر تكسر الزجاج ؟ ، وعلم المشاهدة ، فيسأل المضرور عن شخص معروف لديه ، من هذا ؟ وعلم الدائرة فيسأل ، هل زيد في الدار أم لا ؟ ، وعلم القصد ، بأن يستبين منه معرفة الشخص الذى يخاطبه ، وعلم التواتر ، فيسأل هل مكة في الأرض ؟ ، وعلم الجلى من الأمور فيسأل عما أكل بالأمس ، وعلم التعلق بأن يعلم إن كل صنعة ، لأبد لها من صانع ، وعلم التمييز بأن يعلم ان هذا حسن وهذا قبيح (١) .

وأرى مع بعض الباحثين أن تقدير النقص يجب في القوى العقلية أن ينساط الى عدد ممن يوثق في علمهم وأمانتهم من أطباء الأمراض النفسية ، ليقدموا تقريرا مفصلا بعد اجراء الاختبارات الطبية المقررة ، يكشفون فيه مقدار هذا الضرر (٢) .

---

(١) العلامة ابن مفتاح ـ شرح الأزهار ـ جـ ١ ، ص ١٦٨ ، جـ ٤ ـ ص ٤٤٤ هامش (١) ـ مطبعة المعارف سنة ١٣٤٠ هـ ، وقد نظم هذه العلوم في ثلاثة أبيات يقول فيها :

فعلم بحال النفس ثم بديهة .. كذا خبرة ثم المشاهد رابع
وداعرة والقصد بعد تواتر .. جلى أمور والتعلق تاسع
وعاشرها تمييز حسن وهبذه .. فتلك علوم العقل مهما تراجع

وراجع : البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٠ وما بعدها حيث يقول : " فان ذهب بعضه فحكومة بحصته .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد حسين الشامي ـ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ـ ص ٦٠٣ ، وهذا المعنى هو الذى قرره صاحب البحر الزخار في فوات بعض السمع حيث يعول على قول عدلين من أطباء المسلمين ، راجع : جـ ٦ ـ ص ٢٩١ ، وقد عول القانون الكويتى على تقدير التعويض فيما دون النفس على تقرير الأطباء بتحديد نسبة العجز ، د . سعيد عبد السلام ـ المرجع والمكان السابقان .

٤٦٣ — ٢- تقدير الضرر الواقع على نعمة البصر :

والضرر الواقع على البصر اما أن يكون في العينين أو في واحدة ، فاذا انقص التعدى قوة الأبصار في كلتا العينين ، فان التقدير يكون خالصا لحكومة العدل ، ويمكن الاستعانة هنا بأطباء العيون ليقرروا نسبة العجز في قوة الأبصار بناء على كشف حال يقارن بكشف سابق ، ومن خلال المقارنة تظهر قيمة الضرر أما اذا كان النقص في احد العينين ، فقد ذكر ابن رشد رحمه الله : " أن من أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه ، انه أمر بالذى اصيب بصره ، بأن عصبت عينه الصحيحة ، واعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ، ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، واعطى الرجل البيضة بعينها ، فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ذلك خطا في الأرض ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه مقدار ذلك من الدية ، ثم يقول : " ويختبر صدقه باجراء ذلك مرارا شتى في مواضع مختلفة " (١) ، وهذا مبني على تساوى قوة أبصار العينين وهذا أمر غير واقع من الناحية العملية ، لأن قوة أبصار العينين قد تختلف اختلافا كبيرا .

٤٦٤ — ٣- الضرر الواقع على النطق :

ويرى بعض الفقهاء ان طريقة تقدير الضرر الواقع على نطق الكلام ، يتمثل في قسمة الدية كاملة على عدد حروف النطق الأبجدية وهي ثمانية وعشرون حرفا (٢) ، وبعد البرء يمتحن المعتدى عليه بنطق

(١) بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤٢٣ ، وراجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع - جـ ٧ - ص ٢٦٣ ، حيث نقل انه يمتحن بتقريب شيء الى عينه وقت غفلته ، ونقل عن ابن تيمية انه يقام في الشمس فان لم يطرق فهو صادق ، ويرى أن رأى أهل الخبرة أولى ، ولا مانع من الاستعانة بعلامات مقياس النظر الحديث .

(٢) ليس من بينها لا ، فانها مخرجها مخرج اللام والألف ، راجع : المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ١٧ .

الحروف كاملة ، وما لا يستطيع نطقه يسقط من الدية بحسابه ، وكذلك يسقط ما أبدل نطقه ، وان لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين (١).

٤٦٥ — ٤- الضرر الواقع على السمع :

أما الضرر الواقع على السمع فان تقدير النقص الحاصل بالتعدى عليه اذا كان النقص في كلا اذنيه ، يخضع لحكومة العدل كلية ، فاذا كان النقص في أحد اذنيه امتحن بسد العليلة ويخاطبه مخاطب وهو يتباعد حتى يقول لا أسمع ، ثم تسد الصحيحة ، وتمتحن العليلة كذلك ويفرض بقدر المسافة وينبغى أن يجرى من الاختبارات مايطمئن معه الى صدق المدعى ، فقد روى عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة : ان رجلا ضرب امرأة فادعت ذهاب سمعها ، فتشاغل عنها بالنظر في القضايا ، ثم التفت اليها وقال : يا هذه غطى عورتك ، فجمعت ذيلها ، فعلم أنها كاذبة (٢) ، فالأولى الرجوع الى أهل الخبرة من الأطباء (٣) .

٤٦٦ — ٥- الضرر الواقع على الشم والذوق :

وفي تقدير الشم ينتقل بالروائح الطيبة والمنتنة ، فان هش للطيب وتنكر للمنتن ، فالقول قول المعتدى مع يمينه ، وان لم يبن منه ذلك فالقول قول المعتدى عليه مع يمينه (٤) ، والأولى الرجوع الى أهل

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم - جـ ٧ - ص ٢٦٣ ، ونقل ابن قاسم عن ابن تيمية قوله : يغرز لسانه بأبرة فان سال منه دم اسود فهو صادق ، المرجع السابق - نفس المكان .

(٢) راجع : بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ٣٤٧ .

(٣) البحر الزخار - السابق - ص ٢٩١ ، والمغنى لابن قدامه - السابق - ص ١٠ .

(٤) المغنى السابق - ص ١٢ .

الخبرة من الأطباء (١) ، أما الذوق فانه اذا فات كله تجب ديته كاملة ، وان فات بعضه ، فتقسم الدية على أنواع المذاق الخمسة ، وهي الحلاوة والمرارة والعذوبة والملوحة والحموضة ، وما نقص من المضرور ينقص من الدية بقدره (٢) ، والأولى الرجوع الى أهل الخبرة من الأطباء .

٤٦٧ ـ ثانيهما : تقدير الضرر الأدبي في المجالات الأخرى :

ولا يقتصر مجال عمل حكومة العدل في تقدير الضرر ، على الأضرار الأدبية الناشئة عن المساس بسلامة الجسم الانساني ، وانما تشمل كل أنواع الضرر الأدبي الأخرى ، وفي هذه الحالة فان الضرر الأدبي اما أن يتمخض عن خسارة مادية ، كما لو كان المضرور تاجرا فتأثرت تجارته بسمعته الأدبية التي نال منها المعتدى مما أدى الى لحوق خسارة مادية به ، بالاضافة الى الألم الحاصل من التعدى أو يتمخض عن خسارة أدبية محضة ، تتمثل في الم وشين ونقص معنوى يلحق الانسان ، ومن المؤكد ان أسلوب التقدير سيختلف في كل حالة عن الأخرى ، فيحسن الاشارة اليه .

٤٦٨ ـ أ ـ الضرر الأدبي المقترن بخسارة مالية :

في هذه الحالة ينبغي على حكومة العدل أن تحسب مقدار الخسارة التي لحقت بالمعتدى عليه ضمن مقدار التعويض ، ليكون مقدار المال في تلك الحالة ، هو الحد القريب الذى يسهل على الحكومة فيه الاقتراب من حقيقة الضرر الحاصل ، وليكون تقدير الضرر الأدبي الممتزج به مما يخضع لتقدير اللجنة الخالص بناء على ما تستشفه من

---

(١) البحر الزخار ـ السابق ـ نفس المكان .

(٢) المغني لابن قدامه ـ جـ ٨ ـ ص ١٩ ، والبحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٢ ، وشرح الأزهار لابن مفتاح ـ السابق ـ جـ٤ ـ ص ٤٤٣ وما بعدها .

شدة الألم ، أو جسامة الضرر الذى حل بالمعتدى عليه ،كأن يكون قدتعدى الى أولاده أو بناته وأثر على مستقبلهم وحياتهم (١) .

٤٦٩ - ب - الضرر الأدبى الخالص :

وفي هذه الحالة لا مانع من الاستعانة بمعايير التقدير الأخرى التي سلفت وعلى الأخص المعيار الافتراضي ، فمثلا لو كان الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان متمثلا في فوات البكارة ، فانه يمكن تقدير الضرر من خلال افتراض مهر المعتدى عليها بكرا ، ومهرها ثيبا ، وفرق التقديرين يمثل مقدار التعويض المستحق عن فوات البكارة (٢) . ومع ذلك فان طبيعة هذا النوع من الضرر ستظل ميدانا فسيحا لأعمال مبدأ مرونة التقدير الى أبعد مدى ، وهذا المبدأ وان لم يصب عين التقدير الصائب ، فهو على الأقل يصيب قدرا كبيرا من الصواب فيه ،وقد قيل ان بعض الشيء أولى من لا شيء، وما لا يدرك كله لا يترك كله .

٤٧٠ - مرونة نظام التعزير :

ومن المؤكد أن المرونة التي يتسم بها نظام التعزير في الفقه

---

(١) وفي هذا المعنى يقول الاستاذ اسمان ان الضرر المتمثل في الاعتداء على التكامل الجسدى له عنصران : الأول يشمل الأضرار القابلة للتقدير بالنقود ،والثاني يتضمن الأضرار غير القابلة للتقدير النقدى ، وفيما يتعلق بالضرر المالي فان الفقه يتفق على أنه يتمثل فيما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج وما فاته من كسب وهو فقد الأجرة ، وفوات فرصة الكسب ، مشار اليه في د . سعيد عبدالسلام - التعويض عن ضرر النفس - ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) راجع في هذا المعنى : المغنى لابن قدامة - جـ٨- ص ٥١ ، حيث يقرر أن ارش البكارة داخل في مهر البكر لأنه أعلى من مهر الثيب .

الاسلامى يمكن أن تكون عاملا من العوامل الفعالة في حسم آثار هـذا النوع من الضرر ، من خلال قدرته وتنوعه على نحو يصلح لمجابهـة ما لم يرد فيه نص مقدر أو سبق تقدير التعويض فيه (١) .

---

(١) وذلك على نحو ما سنرى في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب ونحن نتعرض لبيان طبيعة التعويض عن الضرر الأدبى في الفقه الاسلامى .

(الفرع الثانـي)

التقدير الارادى لتعويض الضرر الأدبـي

٤٧١ ــ اذا كان الشارع قد قدر قيمة التعويض عن الضرر الحاصل من التعدى على سلامة الانسان في بدنه ، فانه قد ترك للارادة دورا كبيرا في تقدير التعويض عن عدد من الأضرار الأدبية وعلى الأخص ما يصيب الانسان منها في عواطفه ومشاعره ، وقد ورد التطبيق العملى لتقدير التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب مشاعر الانسان وعواطفه في حالتين هما : الطلاق قبل الدخول والخلع ، حيث يكون للارادة دخل كبير في تقدير قيمة التعويض المستحق .

٤٧٢ ــ أولا : مقدار ما تستحقه المطلقة قبل الدخول :

من المعلوم ان طلاق المرأة قبل الدخول يسبب لها ألما نفسيا كبيرا ، حيث يقضي على آمالها ، ويدمر تطلعاتها لمستقبل ترسمه لحياتها مع زوج وأولاد ، ويكون هذا الالم أكثر اذا جاءت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، حيث ينطوى هذا المسلك منه على اهانة لها ، لما يبعثه الطلاق قبل الدخول من شكوك حول المرأة وأخلاقياتها (١) ، ولهذا أوجب لها الشارع سبحانه مقدار نصف

(١) وفي هذا يقول الشيخ محمد عبده : " ان في الطلاق قبل الدخول غضاضة ، وايهاما بأن الزوج ما طلقها الا وقد رابه منها شيء ، فاذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة ، ويكون هذا المتاع الحسن بمثابة الشهادة لنزاهتها ، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به ، نجعل الله هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكى لا يتسامع الناس به ، راجع : تفسير المنار للشيخ رشيد رضا ــ جـ ٢ ــ ص ٤٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت .

المهر المسمى . قال تعالى : " وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ،فنصف ما فرضتم الا أن يعفون "(١) ، حيث أوجب الله تعالى للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المفروض ، أى المقدر تقديرا صحيحا بالاتفاق ، فدل ذلك على أن مصدر تقدير الواجب المستحق للمرأة في تلك الحالة هو الارادة التى سلف لها تحديد الأصل وهو مقدار المهر الذى تستحقه المرأة ،والذى وجب لها نصفه على أساسه .

واذا كان النص قد ورد في الطلاق ، فان شمول الحكم لكل أنواع فرق النكاح كما لو كان بسبب الايلاء أو اللعان أوردة الزوج أو اباء الزوج اعتناق الاسلام بعد زوجته ويستوىعند الشافعيةوالحنابلة في استحقاق المطلقة قبل الدخول لنصف المسمى أن تكون الفرقة طلاقا أم فسخا طالما ان المهر قد سمى تسمية صحيحة حال العقد وجاءت الفرقة من قبل الزوج ،حتى ولو كان بسبب عيب فيه (٢) .

فاذا لم يسم المهر في العقد أصلا كالمفوضة أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهرا وكانت التسمية غير صحيحة وحصلت الفرقة بتراضى الزوجين أو بحكم القاضى قبل الدخول وقبل الخلوة عند الحنفية والحنابلة ، لم يجب للزوجة شيء من المهر وانما تجب لها المتعة ، لقول الله تعالى : " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " (٣) .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) راجع : الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه - جـ ٢ - ص ٢٦٣ وما بعدها ، وبداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٢٣ ، والقوانين الفقهية - ص ٢٠٢ ، والمهذب - جـ ٢ - ص ٥٩ ، والمغنى لابن قدامة - جـ ٦ - ص ٧١٤ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٦ .

٤٧٣ — المهر المفروض بعد العقد :

ويأخذ حكم المهر المفروض من قبل العقد في وجوب التنصيص ، المهر المفروض بعده ، حيث ينتصف هو الآخر عند جمهور الفقهاء ، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول كان للمرأة نصفه ، خلافا لما ذهب اليه الحنفية لا ينتصف ، لاختصاص التنصيف عندهم بالمفروض في العقد بالنص القرآني المتقدم .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في تلك المسألة هو تفسير المراد من قول الله تعالى: " فنصف ما فرضتم " ، حيث قال الحنفية : ان المقصود منه المفروض وقت العقد لا غير ، وذلك اعمالا لما جرى عليه عرف الناس بتحديد المسمى وقت العقد ، ورأى جمهور الفقهاء ، ان المقصود بالمفروض على اطلاقه عملا بمقتضى الاطلاق اللغوى اذ الفرض هو التقدير ، والتقدير مطلق يشمل ما قدر حال العقد وما قدر بعده (١) .

والواقع أن رأى الجمهور هو الراجح في تلك المسألة عملا بالنص الذى استدلوا باطلاقه ولم يورد الحنفية ما يمنع هذا الاطلاق سوى ما قالوا به من جريان العرف ، والعرف اذا تعارض مع النص لا يصح العمل به (٢) .

٤٧٤ — مقدار المتعة اذا استحقت :

واذا لم تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المسمى فلها المتعة ، ومقدارها لم يرد فيه نص مقدر ولهذا اجتهد الفقهاء في بيان مقدارها ، فذهب الحنفية الى انها ثلاثة أثواب : درع ، وهو ما

---

(١) في هذا المعنى : فتح القدير - ج ٢ - ص ٤٤٨ ، بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٢٣ ، ومنار السبيل في شرح الدليل ج ٢ ، ص ٢٠ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٧١٤ ، والأم ج ٥ ص ٦١ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . عبدالعزيز الخياط ، نظرية العرف - ص ٦١ وما بعدها - مكتبة الأقصى بعمان .

تلبسه المرأة فوق القميص ، وخمار ، وهو ما تغطي به المرأة رأسها ، وملحفه ، وهي ما تلتحف به المرأة من رأسها الى قدميها ، لقوله تعالى : "متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" ، والمتاع اسم للعروض في العرف ، ولأن لا يجاب الأثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام الزوجية وأثناء العدة ، وأدنى ما تكتسي به المرأة وتستتر ثلاثة أثواب (١) .

ويرى الحنفية والشافعية ان المتعة لا تزيد عن نصف مهر المثل لو كان الزوج غنيا لأنها بدل منه ، واذا تنازع الزوجان في قدرها قدرها القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال معتبرا حال الزوجين من يسار واعسار ونسب وصفات ، ويرى المالكية والحنابلة ان المتعة معتبرة بحال الزوج يسارا واعسارا على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاها خادم ، أى قيمة خادم في زمنهم ، وادناها كسوة كاملة تجزيها في صلاتها أى أقل الكسوة وهي درع وخمار ، لقول ابن عباس : "أعلى المتعة خادم ، ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة" (٢) .

وذلك كله فيما اذا تشاحا في قدرها ، فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وهو ما يجوز بذله ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق ، وقد روى عن الحسن بن علي انه امتع امرأة بعشرة آلاف درهم ، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق (٣) ، وفيه دليل على جواز القيمة في

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ـ ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) المغنى لابن قدامة ـ جـ ١ ـ ص ٧٦٧ ، وراجع : منار السبيل ـ جـ ٢ ـ ص ٢٠٠ ، وقليوبي وعميرة ـ جـ ٣ ـ ص ٢٩١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٢ ـ ص ٤٦١ ومابعدها .

(٣) المغنى ـ السابق ـ ص ٧١٨ .

المتعة ، فيجوز أن يدفع الزوج نقودا بدل الثياب ، وتجبر المرأة على قبول هذا البدل سواء كانت المتعة واجبة أو مستحبة .

ويستبين مما تقدم أن في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول نوعا من التعويض عما لحقها من ضرر أدبى بسبب هذا الطلاق ، وان وجوبها على سبيل البدل من نصف المهر المسمى ، ولذلك تتحدد بمقداره فلا تتجاوزه ، وان مقدارها منوط بحال الرجل على الراجح ، لقول الله تعالى : " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" (١) حيث لم يعهد في الشريعة الاسلامية تكليف الانسان فوق طاقته ، ولو كان تقدير المتعة على اعتبار حال الزوجة ، وكانت موسرة وهو معسر ، لكان في ذلك ارهاق له وتكليف بما لا يطاق ، ورضا الموسرة بزوج فقير ، يعتبر تنازلا منها عن مستواها الاجتماعى الى مستوى زوجها ، فاذا طلقها بعد ذلك فلا يعوضها الا بما يناسب حاله دون حالها (٢) .

٤٧٥ — ثانيا : مقدار بدل الخلع :

واذا كان وجوب نصف المهر المسمى للمرأة بالطلاق قبل الدخول ، أو بدله وهو المتعة التى تأتنس في تحديدها بمقداره ، عوضا عن الضرر الأدبى الذى أصاب المرأة من جراء طلاق زوجها لها قبل الدخول ، فان وجوب بدل الخلع للزوج هو نوع من التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيبه في عواطفه ومشاعره من جراء ارغامه على مفارقة زوجة ربما يكون قلبه معلقا بها ،وهى تكرهه وتبغضه وتريد التخلص من نكاحه ما استطاعت .

وفي هذه الحالة يجوز للزوجين أن يتفقا على مبلغ معين نظير الخلع سواء أكان مساويا لما دفعه الزوج من مهر لها ،أو زائدا عنه أو أقل ، يدل على ذلك قول الله تعالى : " ولا يحل لكم ان تأخذوا

---

(١) سبق تخريج الآية الكريمة .

(٢) في هذا المعنى : د . محمود محمد الطنطاوى ، الأحوال الشخصية — ص ٢١٩ — دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢م .

مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به "(١) ، حيث أن الآية الكريمة قد جوزت أخذ الفداء منها بغير اثم وهو مطلق ، فيشمل الأقل من المهر والمساوى له والزائد عنه (٢) .

ويرى بعض الفقهاء عدم جواز أخذ ما زاد عن المهر، فاذا أخذ منها ما يزيد عما دفعه مهرا لها ، فانه يجب على الزوج أن يرده ، كأنه أخذ منها مالا بغير حق (٣) . ودليل ذلك ما روى عن أبي الزبير : " ان ثابت بن قيس بن شماس ، كانت عنده بنت عبدالله بن أبي ابن سلول ، وكان قد أصدقها حديقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اما الزيادة فلا ، ولكن حديقته ؟ ، قالت : نعم ، فأخذها له وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم " (٤) ، حيث دل هذا الحديث على عدم جواز أخذ الزيادة على ما دفعه الزوج لقوله صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا .

وقد حمل جمهور الفقهاء النهى عن الزيادة :أنه خلاف الأولى ، قال مالك : لم أر أحدا ممن يقتدى ، يمنع جواز أخذ الزيادة عن المهر اذا اتفق عليها ، لكنه ليس من مكارم الأخلاق ،وأخرج ابن سعد عن الربيع قالت : كان بيني وبين ابن عمى كلام وكان زوجها ،قالت :

---

(١) سورة البقرة ـ آية ٢٢٩ .

(٢) بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٦٧ ،والقوانين الفقهية ـ ص ٢٣٢ ، والمهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٧٠ ، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٥٢ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد ـ نفس المكان السابق .

(٤) رواه الدار قطنى باسناد صحيح . وقال : سمعه أبو الزبير من غير واحد ، راجع : نيل الأوطار ـ للشوكانى ـ جـ٦ ـ ص ٢٧٧ .

فقلت له : لك كل شيء وفارقني ، قال : قد فعلت ، فأخذ والله كل فراش ، فجئت عثمان وهو محصورفقال : الشرط أملك ،خذ كل شيء حتى عقاص رأسها " (١) ، وفي البخارى عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها " (٢) .

٤٧٦ — ويشترط لاستحقاق الزوج أخذ ما اتفق عليه مع زوجته في بدل الخلع أن يكون البغض من قبل الزوجة ، أو من جهتهما معا ، كدلالة الآية الكريمة صراحة على ذلك ،أما اذا كان البغض والكراهة من جهة الزوج وحده فلا يجوز له أن يأخذ عوضا في مقابل طلاقها ، ولوكان قليلا ، لأنه هو الذى يريد المفارقة وقد قال الله تعالى : " وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكمالى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " (٣) ، كما يدل على ذلك قول الله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه (٤) " ، وقوله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن "(٥) ، وقد ذهب المالكية بناء على تلك الآيات الكريمة ، الى أنه لا يجوز أخذ العوض من المرأة في حالة الاضرار بها ، واذا طلبت اسقاطه عنها بعد الخلع للأضرار سقط عنها ، اذ أن ذلك يتضمن في حقيقته اكراها لها على بذل مال للزوج مع ان الكره من قبله ، أى أنه لا يستحق تعويضا عن ضرر أدبى يكون قد أصابه ، وهو رأى سديد يتفق مع العدالة (٦) .

---

(١) نيل الأوطار ـ السابق ـ ص ٢٨٢ .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، والعقاص هو الخيط الذى تربط به المرأة أطراف شعرها .

(٣) سورة النساء ـ الآيتان ٢٠، ٢١ .

(٤) سورة البقرة ـ آية ٢٣١ .

(٥) سورة النساء ـ آية ١٩ .

(٦) راجع في هذا المعنى : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ ج ٢ ـ ص ٣٥٥ ، وبداية المجتهد ـ ج ٢ ـ ص ٦٨ .

الفصل الثاني

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ومدى انتقاله الى الورثة في الفقهين الاسلامي والوضعي

٤٧٧ – وهذا الفصل ينقسم الى مبحثين تخصص أولهما : لبيان طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ، وثانيهما : لبيان انتقاله الى الورثة ، وعلى ذلك فاننا سنخصص لكل موضوع مبحثا ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي .

المبحث الثاني :

مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة .

(المبحث الأول)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي

(المطلب الأول)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤٧٨ — من المعلوم ان الضرر الحاصل قد يتمخض عن الاطاحة بمصلحة أدبية للشخص كالأضرار الجسمانية أو العاطفية أو المتعلقة بالشرف والاعتبار والسمعة ، وهذه المصلحة لا توجد مستقلة دائما ، وانما يغلب عليها أن تكون ممتزجة بضرر مادى وذلك مثل نقص القدرة على الكسب نتيجة للعاهة الجسمانية أو اختلال المصالح الاقتصادية للتاجر نتيجة للتشهير بسمعته بين عملائه .

.. والأضرار المادية الناتجة عن الضرر الأدبي أو المختلطة به لا تثير صعوبة كبرى بالنسبة لتقييمها في حد ذاتها ، ولكن الضرر الأدبي كعنصر من عناصر التعويض وخاصة اذا كان ضررا أدبيا خالصا ، كان مثار جدل كبير حول طبيعته رغم ان الفقه والقضاء قد انتهيا الى الاتفاق على قابليته للتعويض عنه .

.. والنصوص القانونية التي تقضي بوجوب التعويض عن الضرر الأدبي ، ومنها المادة (٢٢٢) من التقنين المدني المصرى ، وما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، كل تلك المصادر تضع على عاتق القضاء أن يحكم بتعويض حقيقي عن الضرر الأدبي دون الاكتفاء بتعويض رمزى أو مجرد مبدأ التعويض (١) .

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . محمد ابراهيم دسوقي — السابق — ص ٤٦٥ .

٤٧٩ ـ اتجاهات الفقه حول طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي :

وقد وضع هذا الوجوب القانوني القاضي بضرورة تعويض حقيقي عن الضرر الأدبي الفقه في موقف الباحث عن طبيعة هذا التعويض ، وفي هذا الصدد اتجهت معظم آراء الفقهاء في فرنسا الى أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي يغلب عليها طابع العقوبة الخاصة (١) ، ذلك ان حرية القاضي الطليقة من أي معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على ذلك المبدأ الذي يؤمن الفقه من أن التعويض لا يكون الا بقدر الضرر ، وهذا ما دعا الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة بالتصوير الذي عرفه الفقه عنها من انها جزاء مالي لا يرتبط بمدى الضرر ، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر: الى أن تعويض الضرر هو تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الاصلاحية في جبر الضرر فضلا عن الوظيفة الرادعة في حال الخطأ الموصوف (٢) . ونعرض لبيان هذين الاتجاهين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة .

٤٨٠ ـ أولا : التعويض عن الضرر نوع من العقوبة الخاصة :

والقول بأن التعويض عن الضرر الأدبي ينطوي على نوع من العقوبة الخاصة هو ما ذهب اليه جانب من الفقه ، والذين قالوا بذلك ذهبوا في سبيل ذلك التكييف للتعويض عن الضرر الأدبي الى نفي صفة التعويض عنه مستندين في ذلك النفي الى أن الضرر الأدبي ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الأخلاق ، ذلك ان افتراض الضرر في بعض صوره أمر قائم وذلك كما في حالة التعويض الناجم عن وفاة انسان كالأب أو الابن

---

(١) Marty et Raynaud : Droit Civil, T.2 No 527 ets .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقي ـ السابق ـ ص ٤٦٦ .

أو الزوج ، فإن القضاء يفترض وجود الضرر العاطفي ، دون أن يكلف المدعي بإثبات الضرر (١) ، بل حتى ولو كانت هناك قرينة تقطع بعدم وجوده ، مثل وجود خلاف عائلي أو انفصال بين الزوجين ، بل ويقره أيضا رغم وصمة العار (٢) ، فمسلك القضاء يشير الى أن تخلف الضرر العاطفي بالمعنى الضيق لا يمنع من القول بوجود اعتداء على حق غير مالي حال ومؤكد وهذا التعدي هو سبب مشروعية التعويض .

وأما عن عدم قابلية الضرر الأدبي للتقييم ، فانه اذا كان الضرر المادي يقبل التقييم لعدة مقاييس ، فانه ليس من مقياس يصلح

---

(١) في هذا المعنى : حكم محكمة النقض المصرية في ٢٢ مارس سنة ١٩٦٦م ، ردا على سبب الطعن المبني على أن المريضة كانت في دور الاحتضار ، وكانت الوفاة واقعة لا محالة ، ولذلك فان نقلها من مستشفى الى آخر ولو بخطأ الطبيب ، لم يضف الى المطعون عليه وأولاده ضررا جديدا ، وان الضرر الأدبي الذي حاق بالزوج هو ضرر شخصي مباشر أجاز المشرع التعويض عنه بنص المادة (٢٢٢) مدني - مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٦٣٦ .

(٢) حكم محكمة النقض الجنائي بتاريخ ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ ، مشار اليه في : د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٧ هامش (٢) .

وراجع : د . حسام الدين الأهواني - الحق في الخصوصية - ص ٤٣٦ ، حيث يقرر : ان الفقه الفرنسي قد لاحظ ان المحاكم تعطي تعويضا لمن اعتدى على حقه في الخصوصية في أحوال لا يمكن القول فيها بتوافر عنصر الضرر . حيث قضى بأحقية ممثلة في الحصول على التعويض لأن أحد المصورين قام بالتقاط صورتها وهي تجلس مع ابنها في حديقة منزلها ، وهنا لا يوجد ضرر .

للقول بأن التعويض المحكوم به يوازى الضرر الأدبى ،اذ هو اعتداء على الشخص كانسان وليس على ذمته ومن ثم ، فاننا سوف نجد دائما فرقا في التوازن بين التعويض والضرر الأدبى سواء كان الضرر عاطفيا نشأ عن فقد عزيز أو عضو من الجسم ، أو تشهير أو اعتداء على الخصوصية ، لأن المصلحة في كل تلك الأمور لا تقبل التعويض المالى (١) .

وأما من عدم قابلية الضرر الأدبى للاصلاح فان أى مبلغ من النقود لا يكفى لجبر الضرر الناتج عن فقد عزيز أو فوات مصلحة أدبية ، حيث يقع الضرر ولا سبيل الى اصلاحه ، واذا كان المضرور أدبيا يعوض ماليا ، فان هذا التعويض وان كان يزيد الذمة المالية للمضرور ، الا أنه لن يقلل من الخسارة الأدبية التي لحقت بذمته المعنوية ، ومثل التعويض عن الضرر الأدبى كمثل من يصاب رداء كرامته بالتمزق ، فيعطى بضع ورقات من النقد يرتق بها هذا الخرق فيتوهم انه يرتدى رداء كرامة يخلو من أى خرق (٢) .

كما ان اضفاء صفة التعويض على تعويض الضرر الأدبى مما يتنافى مع قواعد الأخلاق ، وانه لمما يتنافى مع قواعد الأخلاق ،القول بأن ذلك الذى لحقه اعتداء على شعوره ، يتعزى بما ناله من تعويض ، وانه لأمر منفر أن يثرى شخص على حساب كرامته ، وأن يثرى وارث بسبب اهانة لحقت مورثه ، أو أب على حساب وفاة

---

(١) في هذا المعنى : الوسيط للسنهورى - جـ ١ - ص ٨٦٦ ،
د . عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤ ،
د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما بعدها .
د . محمد ابراهيم دسوقى - السابق - ص ٤٦٨ .

(٢) Mazeaud et Tunc : Traité Thèorique et Pratique de La responsabilite civile délictuelle et contractuelle, I. I, No. 310 ed 1965.

ابنه ، ان ذلك المعنى من شأنه أن يخلع عن التعويض عن الضرر الأدبى صفته التعويضية ويضفى عليه صفة الارضاء للمعتدى عليه ، أو تطييب خاطره (١) .

٤٨١ — مظاهر صفة العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الأدبى :

وبعد أن قام هذا الجانب من الفقه بنفى الصفة التعويضية عن تعويض الضرر الأدبى يصبح من اليسير نسبة هذا التعويض الى فكرة العقوبة الخاصة ، تلك التي تتمثل في مبلغ يقدر لا لجبر الضرر ولكن لاطفاء غيظ المضرور من المسئول .

ومن أول مظاهر العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الأدبى ، ان القاضى اذ يتعذر عليه أن يتغلغل في أعماق نفسية المضرور ليقف على مدى ما استقر في وجدانه من ألم نفسى حصل له من جراء خطأ المسئول ، يكون من الطبيعى أنه لن يكون أمامه من مفر غير قياس مشاعره الخاصة تجاه المسئول ومدى جسامة الخطأ المنسوب اليه ، كما لو كان الخطأ قد صدر نحوه هو ، فالأسهل على القاضى في مثل تلك الحالة أن يقدر مدى جسامة الخطأ بدلا من البحث عن مدى الضرر ، وليس من المقبول ان يطلب المضرور تعويضا بمعنى الكلمة عما لحقه من ضرر ، لأن أى مبلغ مهما كان لن يمحو ألمه أو معاناته النفسية فواقع الأمر أن المضرور لا يطلب تعويضا وانما يطلب عقابا ، صحيح أن المضرور لن يظهر رغبته في الانتقام أمام القضاء حتى لا يبطل دعواه ، والقاضى كذلك لن يصرح في حكمه بالعقوبة ، وسترتدى العقوبة ثوب هذا التعويض الذي لا يقاس من وجهة نظر كل من القاضى والمضرور الا بمعيار الخطأ ، ومن ثم نجد القضاء مضطرا الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة لأنها الوسيلة الوحيدة لعقاب

---

(١) المرجع السابق — ص ٤٧٠ ، ومارووتنك — السابق — فقرة ٣١٣ .

المسئول عن الأضرار الأدبية التي أحدثها بخطئه بعد أن تخلفت فكرة جبر الضرر (١) .

وفكرة العقوبة الخاصة في نظر هذا الجانب من الفقه هي التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الأدبى ، فدعوى التعويض عن الضرر الأدبى لا يصرح للدائنين باستخدام حق مدينهم فيها ، كما أنها كقاعدة تختفى بوفاة المورث ، كما أن حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى ليس مقررا لكل من أصابه ضرر من الوفاة الناجمة عن الفعل غير المشروع ، ولكن هذا الحق قاصر على الأفراد اللصيقين بالمورث من عائلته ، وهو لا يتقرر للصديق أو الخطيبة رغم أنهم قد يلحقهم ضرر يفوق ذلك الذى قد يلحق عائلة المتوفى (٢) .

٤٨٢ — تقدير فكرة العقوبة الخاصة :

ومع وجاهة الأسباب التي يبديها أصحاب هذا الاتجاه وما تدل عليه من اضفاء صفة العقوبة الخاصة على التعويض عن الضرر الأدبى ، الا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد .

فمثلا نجد أن فكرة العقوبة لا تتفق مع الحالة التي يتحمل فيها التعويض شركة التأمين ، اذا كان المسئول مؤمنا من المسئولية (٣)، كما أن العقوبة تفترض الخطأ ، ولكن من المسلم به ان التعويض عن الضرر الأدبى يكون أيضا في حالات المسئولية التي لا تستند الى الخطأ ، وفي هذه الحالة لا تكون فكرة العقوبة مقبولة ، كما أن صعوبة تقدير الضرر الأدبى ، وتعذر ازالة هذا الضرر بالنقود لا تصلح في حد ذاتها سببا لوصف تعويض الضرر الأدبى بصفة العقوبة الخاصة ،

---

(١) د . محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٤٧٠ .
(٢) المرجع نفسه ـ ص ٤٧٢ .
(٣) مازووتنك ـ السابق ـ فقرة ٣١٤ .

لأن أساس هذه العقوبة ليس مجرد عدم الارتباط بالضرر، وانما الهدف الردع والعقاب ، وهو ما لا يتوافر في كل الحالات ، وخاصة عند الحكم بتعويض معتدل عن الضرر الأدبى ، كما أن الفقه ينكر صفة العقوبة الخاصة عن تعويض الضرر الأدبى من واقع الانتقادات الموجهة الى العقوبة الخاصة ذاتها ، والتي تتنافى مع الأخلاق ، لقيامها على مبدأ الانتقام ولما يسمح به الارتباط بمدى جسامة الخطأ من مخاطر نحس التعويض أو المبالغة فيه (١) . فضلا عن السلطة التحكمية للقاضي في انشاء عقوبة لا مبرر لها مع وجود العقوبة العامة (٢) .

٤٨٣ - ثانيا : الصفة التعويضية لتعويض الضرر الأدبى :

وهناك جانب آخر في الفقه يقرر أن تعويض الضرر الأدبى تعويض حقيقى يقوم بوظيفته الاصلاحية في جبر الضرر فضلا عن وظيفة الردع في حالة الخطأ الموصوف .

.. أما عن الوظيفة الاصلاحية لتعويض الضرر الأدبى : فان صعوبة التقييم المالى للضرر الأدبى ، لا تمنع من الحكم بتعويض حقيقى ، ففي الكثير الغالب من حالات التعويض عن الضرر المادى قد يصعب التقييم ، كما في حالة تقييم شيء فريد من نوعه أو نادر الوجود (٣) .

---

(١) د . حسام الدين الأهوانى - المرجع نفسه - ص ٤٥٠ ، حيث يقرر : " ان التعويض الجزائى منتقد على أساس ان المضرور يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه ، واذا كان التعويض عقوبة وجزاء فيجب أن يؤول الى الدولة .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق ص ٤٧٣ .

(٣) مازووتنك - السابق - فقرة - ٣١ ، وراجع : في هذا المعنى : د . عبدالحى حجازى ، نظرية الحق في القانون المدنى - السابق - ص ٤٥ ، والسنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٧ ، د . جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥ ،

واذا كان في تقدير التعويض عن الضرر الأدبى ما يشكل صعوبة أمام القاضي فانه يمكن تخطى تلك الصعوبة بشيء من الملاءمة التي يستوحيها في كل حالة على حدة ، كما أن القول بعدم قابلية الضرر الأدبى للاصلاح غير مقبول ، لأن التعويض لا يمثل دائما اعادة الحال الى ما كان عليه ، ولكن الغالب أنه يعطى المضرور ارضاء يعادل في نفسه ما فقده ، حيث يتكون التعويض من شيء يجلب للمضرور شعورا سارا يترتب عليه بعض السلوى والعزاء (١) ، وهذا ما يحصل عند تعويض كثير من الأضرار المالية ، حيث نجد أن التعويض لا يصلح لاستبدال الشيء التالف أو استرداده كاتلاف لوحة فنية نادرة ، وكذلك الشأن في تعويض الضرر الأدبى ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها ، فالمبلغ المحكوم به عن الضرر الأدبى يأخذ الصفة الحقيقية للتعويض من واقع أنه يمكن المضرور من استبدال ما فقده بشيء آخر أو باتفاق النقود في وجه آخر يحقق ارضاء نفسيا أو ماديا (٢) .

والصحيح أيضا أن الضرر الأدبى في العصر الحاضر يختلط في غالب الأمر بضرر مادى يتمثل في نقص القدرة على الكسب بسبب تأثر الأحوال العصبية والنفسية للانسان مما ينعكس بالتالي على طريقة سلوكه في كل شئونه المادية الأخرى ، اذ ان الضرر الأدبي هو في حد ذاته ضرر مادى ، لأن الانسان كروح ومادة يعتبر جزء لا يتجزأ (٣) ، ومن ثم كان تعويض الضرر الأدبى غير خال من فكرة

= د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام ـ ص ٤٤٠ ، وما بعدها ـ د . محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٤٧٤ .

(١) د . عبد الحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط ـ ج ١ ـ فقرة ٥٧٨ ، د . محمد ابراهيم دسوقي ، السابق ـ ص ٤٧٥ .

(٣) د . محمد ابراهيم دسوقي ـ المرجع والمكان السابقان .

الاصلاح وتقييم الضرر ، وتقدير مقابل يسمح بجبره بالطريقة المناسبة للمضرور .

وأما عن تضمن التعويض عن الضرر الأدبى لعنصر الردع في حالة الخطأ الموصوف ، فان ذلك العنصر يجد له مجالا هاما وخصيبا في هذا النوع من التعويض ، لأن التأثر بمدى جسامة الخطأ هو الطابع المميز للتعويض عن الضرر الأدبى (١) .

فالقاضي وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الأدبي خاصة وان هذا التقدير لا تحكمه معايير مادية ، لا يستطيع ان يفصل بين شعوره الشخصي ، وشعور المضرور تجاه المسئول ، ومن ثم كان لجسامة الخطأ دور هام في تلك الحالة ، حيث يسترد القاضي فيها حريته المطلقة في التقدير وهو ما يفتقده في تعويض الضرر المادى . واذا كانت شخصية التعويض من شأنها الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الرادع الكامل ، فقد حاول جانب من الفقه أن ينفى صفة التعويض الكامل عن الضرر الأدبى ، حيث يرى أن هذا التعويض لا يكون كاملا أبدا بسبب طبيعته ، ولكن هذا الاعتقاد يمكن أن يرد اذا أخذنا في الاعتبار أن التعويض الكامل يتمثل دائما في منح المضرور امكانية الحصول على ارضاء يعادل ما فقده (٢) .

٤٨٤ — <u>كما أن التعويض عن الضرر الأدبى يعطى القضاة حرية أكثر في التقدير</u> الذى يتأثر غالبا بمدى جسامة الخطأ ،ففى حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يقدرون في الغالب تعويضا معتدلا يغلب فيه جانب جبر الضرر ، أو تمكين المضرور من الحصول على شيء من العزاء فيما يحصل عليه من تعويض معقول ،أما في حالة

---

(١) مارتى ورينو — السابق — فقرة ٥٣٩ .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقى — المصدر السابق — ص ٤٧٦ — وما بعدها .

الخطأ العمد أو الجسيم (١) ، فان القضاة عادة ما ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر الأدبى بمبلغ أكبر مما لا يجد تفسيره الا في التأثر بمدى جسامة الخطأ الى أقصى درجة ممكنة ، ومع ذلك فانه حتى مع المبالغة في تقدير التعويض في مثل هذه الحالة ، فمن المتعذر القول بأن القاضى قد انفصل تماما عن الضرر الذى أصاب المضرور أو تجاوز حدود التعويض الكامل ، لأن طبيعة الضرر الأدبى تقتضى هذا التحديد لمقدار التعويض .

وهذا الإتجاه هو الذى يترجح في نظرنا ، لأنه يجمع في تعويض الضرر الأدبى بين عنصرى الاصلاح والردع ، وهذان العنصران هما اللذان يضفيان على تقدير التعويض في الضرر الأدبى ملاءمة خاصة تجعله أقرب الى القبول، فضلا عما يعطيه للقاضى من حرية في التقدير يقتضيها تغير ظروف الخطأ في كل حالة .

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المدنى في ١٩٦٩/٦/٢٨م بتأييد حكم محكمة استئناف الاسكندرية في قضائها للمدعين بتعويض عن الضرر الأدبى الذى أصابهم بسبب موت مورثهم غرقا في البحر في مصيف العجمى وعدم وجود وسائل اسعاف كاملة على الشاطىء مقداره تسعة آلاف جنيه على محافظة الاسكندرية ، حيث ان هذا الحكم يستوحى جسامة الخطأ - مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٩ - ٢٢٠ - ١٤٤٨ ، وراجع : نقض مدنى في ١٩٦٥/١١/١٦ - مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٦ - ٦٨ - ١٠٨٢ ، حيث أيد حكم الاستئناف للمدعيه بتعويض قدره ألف جنيه عن نقد احدى عينيها نتيجة القاء حجر عليها من عامل مجهول من عمال السكة الحديد في مطاردة بين بوليس الهيئة ، وعمالها الممتنعين عن دفع أجرة القطارات .

(المطلب الثاني)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤٨٥ - واذا كنا قد انتهينا الى أن التعويض عن الضرر الأدبي من الأمور المشروعة في الفقه الاسلامي ، فاننا نستطيع من خلال تحليل طبيعة هذا التعويض أن نستشف من خلال استقراء أنواعه الى تردد هذه الأنواع بين العقوبة التي قد يرد النص عليها شرعا ، وذلك كما في تحديد عقاب القذف في قول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون " (١) ، والتي قد يترك الأمر في تقديرها لحكومة العدل كما في الأروش غير المقدرة ، وقد يكون التقدير في العقوبة على الضرر الأدبي بارشاد الشارع كما في تقدير الدية الكاملة لفوات منفعة الاعضاء مع بقاء أعيانها ، كفوات وصف الكلام أو السمع أو البصر ، فان التقدير في تلك الحالات من قبل الشارع بناء على الدليل ، ولكن هذا التقدير في النهاية متوقف على قبول المضرور أو وليه ، ومن ثم كان له أن يعفو عنه ، لأن المصلحة المعتدى عليه تتمحض عن خالص حقه .

ومن الأسس التي يقوم عليها تعويض الضرر الأدبي ، مشروعية التعزير ، ومن المعروف أن التعزير يقوم على المرونة في جبر الضرر بما يمكن معه الجمع بين عنصرى الاصلاح والردع الذى يمنع من ارتكاب مثل ما وقع على المعتدى من تعويضه ، وقد جاء في معين الحكام : " والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال " (٢) ، وقد جاء في المغني : " والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب

---

(١) سورة النور - الآيتان ٤ ، ٥ .

(٢) الطرابلسي - معين الحكام - ص ١٩٥ ، وفي هذا المعنى : الحسبة لابن تيمية - ص ٤٩ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٣ - ص ٢٧٥ .

(الفـرع الثانـي)

قيود انتقال الحق في التعويض الى الورثـة

أما بخصوص انتقال حق التعويض الى الورثة ، فان الفقـــــه والقضاء يفرقان بين الضرر المادى والضرر الأدبى من ناحية انتقال كـل منهما الى الورثة وينبغى بيان ذلك .

٤٩٦ ـ أولا : انتقال الحق في تعويض الضرر المادى :

أما الضرر المادى فانه هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية ، وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله ، أى في حق من الحقوق الـتي تدخل في تقييم ثروته، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده القدرة علـى الكسب ، سواء كان فقد القدرة كليا أو بعضيا ، أو يصيبه في سمعتـــه اصابة تحول عنه عملاءه ، والضرر الأدبي هو الذى يصيب الانسان فـــي جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفـــه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية .

٤٩٧ ـ أ ـ أما بالنسبة للضرر المادى المتعلق بالمال :

فانه لا خلاف بين الفقهاء في أن الضرر المادى الذى يصيـب المال مباشرة يخول المضرور حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا لــــه بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته سواء أكان قد طالب به أمام القضاء وحكم له به قبل وفاته أم لم يطلب ، أم طالب ولما يحكم له (١) .

---

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية ـ ص ٢٤١ ، والفعل الضار ـ السابق ـ ص ١٦٣ ، ومصطفى مرعى بك ـ السابق ـ فقرة ٣٢٥ ، د . أحمد شرف الدين ـ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدى ـ ص ٧٩ ومابعدها ، د . سعيد عبد الســـلام ـ التعويض عن ضرر النفس ـ ص ٢٢٣ وما بعدها .

ويتفرع على هذا الحكم ، ان هذا الحق يأخذ حكم سائر موجودات التركة ، ويقسم بين كل منهم حسب نصيبه الشرعى ، سواء منهم من ارتد عليه ضرر شخصي نتيجة للضرر الذى وقع على المورث الأصلى ، ومن لم يرتد عليه أى ضرر ، غاية الأمر ان من ارتد عليه ضرر شخصي ، يثبت له فوق حقه الموروث في التعويض الذى نشأ في ذمة مورثه ، حق خاص ينشأ في ذمته هو مقابل ما أصابه من ضرر شخصي (الضرر المرتد) ، فيجمع في هذه الحالة بين الحقين ، لأنهما عن ضررين متميزين لا تتنافى المطالبة بتعويض أحدهما مع المطالبة بتعويض الآخر (١) ، وقد سبق بيان ذلك في القسم الأول من هذا البحث (٢) ، فاذا كان المورث الذى مات بسبب الفعل الضار يعول واحدا فقط من ورثته كزوجته ، دون الآخرين كابنائه الذين بلغوا رشدهم واستقلوا بمعيشتهم ، فانه يثبت للوارث المعول حق شخصي في التعويض خاص به ، فوق نصيبه الموروث في التعويض

---

(١) د . السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٩١٨ - فقرة ٦١٦ ، حيث يقرر ان القاعدة هى ان المطالبة بالتعويض تثبت لخلف المضرور ، عاما أو خاصا ، وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له ، د . جمال زكي - السابق - ص ٥١٢ ، د . أحمد سلامه - السابق - فقرة ١٨٢ - ص ٨٥ ، د . محمد لبيب شنب - السابق - ص ٣٤٠ ، د . عبدالحى حجازى - السابق ص ٤٨٩ ، وراجع : نقض جنائى مصرى في ١٢ مارس ١٩٤٤م - المحاماه ٢٦ - ٢١٢ - ٥٦٥ ، حيث يقرر انتقال الحق في التعويض عن الضررين الأدبى والمادى الناشئين عن الاصابة الى ورثة المضرور .

(٢) انظر: ص ١٠٨ ومابعدها من هذا الكتاب.

٤٨٨ ـــ ويبدو مما ذكرته المادة (٢٢٢) ان القانون المدنى الجديد قد سلك منهج التشديد فى تعويض الضرر الأدبى مـــن ناحيتين ، الأولى : ناحية من له الحق في المطالبة به ، والثانيــة : ناحية تقييد انتقاله الى الغير . ونود أن نشير الى ذلـك فـــي فرعــين :

= سنة ١٩٤٠م ، بأن الورثـة لا ينتقل اليهم حق مورثهـــم في التعويض عن الضرر الأدبى الا اذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث اما باتفاق مقدم أو بحكم نهائى ، فاذا مات أثناء نظر القضيـة أمام المحكمة لا ينتقـل حق التعويض ، مشار اليه في السنهورى ـ السابق ـ نفس المكان ـ هامش (١) .

(الفــرع الأول)

الأشخاص الذين يحق لهم المطالبــــة بالتعويض عن الضرر الأدبــي

٤٨٩ — وبداية فان كل من أصيب بضرر أدبى له الحق فــي المطالبة عنه ، فاذا كان الضرر الأدبى هو موت شخص ، يجــب التمييز بين الضرر الذى أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حــق التعويض عن موته الى ورثته ، والضرر الذى أصاب أقارب الميــت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصى من جراء موته .

أما الضرر الذى أصاب الميت نفسه فلا ينتقل حق التعويض عنه الى ورثته ذلك ان التعويض عن الضرر الأدبى ، لا ينتقل بالمــيراث الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ، وفـي تلك الحالة لا يتصور شيء من ذلك ، لأن المضرور بموته لا يمكــن أن يكون قد حدد التعويض لا باتفاق أو مطالبة أمام القضاء (١) .

٤٩٠ — بقى الضرر الذى يصيب ذوى الميت بطريق مباشر ، وهنا عرض النص الى تحديد من منهم يجوز الحكم له بالتعويض ، فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانيــة (مادة ٢/٢٢٢) ، ويتبين من ذلك ان الحق في المطالبــة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت الى الدرجة الثانية ، وهم أبوه وأمه وجده وجدته لأبيه أو لأمه ، وأولاده وأولاد أولاده وأخوته واخواته ، ولا يعطى القاضى تعويضا لهؤلاء جميعا اذا وجدوا ، ولكن يعطى التعويض لمن أصابه منهم ألم حقيقى بموت المصاب يتحقق معه وجود الضرر الأدبى المتمثل في الحزن الشديد والالم المرير ،

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٩ .

وبداهة فان هذا الضرر يختلف عن الضرر المادى ، حيث تكون العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ، ومن كان الميت يعوله فعلا ، فاذا كان الأقارب لا يدخلون ضمن هؤلاء الذين حددتهم المادة السابقة ، فانهم لا يكونون أحرياء بالحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب ، فمثلا لا يجوز الحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الاخوة والأخوات ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولاد هم من باب أولى ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للاصدقاء مهما كان الميت قريبا الى نفوسهم (١) .

٤٩١ — أما اذا كان المصاب لم يمت فتعويض ذويه عن الضرر الأدبى الذى لحقهم باصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر، وان كان النص لم يعرض الا لحالة الموت ، وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى ، ومن الصعب — كما يقول الاستاذ الدكتور السنهورى — أن نتصور تعويضا يعطى عن الضرر الأدبى في هذه الحالة لغير الأم والأب (٢) .

---

(١) كان القضاء المصرى فيما مضى يضيق من درجة الأقارب فيقصر حق التعويض على الأب والأم فقط ، حكم محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ ، م ٥٤ — ص ١١٧ ، بل ان الأب اذا قامت قرينة على كرهه لولده كهجره اياه أو عدم التفكير فيه الا عند موته ، لا يكون حريا بالتعويض عن موته ، استئناف مختلط في ١ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ — ص ٣٤٩ ، وكان المشروع النهائى للمادة المذكورة قد وسع في حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذى تمت به المادة (٢/٢٢٢) ، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ ٢ — ص ٥٦٨ .

(٢) الوسيط — جـ ١ — ص ٨٧١ .

٤٩٢ — مقاصد التقييد في التشريع المصرى :

لقد رأى المشرع المصرى ان اطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى ، بجعله يشمل الضرر الأدبى الذى يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادى أو أدبى يقع على شخص معين ، كالحزن الذى يصيب أقارب القتيل ، وأصدقاءه ومريديه وجيرانه ومعارفه ، وانه يخشى من ذلك أن يحفز عددا كبيرا من أولئك الأقارب والأصدقاء والمعارف الى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ، ويبهظ ذلك ذمة المسئول ، وقد يسبب اعساره ومزاحمة طالبى التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الأقربين ، حين لا يحصلون في ظل ذلك الاطلاق من التعويض المستحق لهم الا على قدر يسير (١) .

وقد كانت المحاكم قد لاحظت ذلك من قبل ورأت ضرورة تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بتعويض عما يصيبهم من ألم بسبب الاعتداء على حياة المجنى عليه الأصلى ، فقضت في بعض

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٥٩ ، وراجع في هذا المعنى : د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٤٢ ـ طبعة ١٩٥٤م ، وقارن : د . جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٤٨٦ ، حيث يقرر : " ان نص المادة ٢٢٢ بقصر حق طلب التعويض عن الحزن لما ينزل بالغير على حال الوفاة دون غيرها من الاصابات ، وبالنسبة للأشخاص الذين يحددهم ، ولا يجيز طلب التعويض لهذا السبب في أية صورة أخرى للتألم لما يحل بالغير " ، وراجع : د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٧ ، د . عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق ـ ص ٤٩٤ ، د . أنور سلطان ـ السابق ص ٣٣٠ ، د . عبدالودود يحيى ـ مصادر الالتزام ـ ص ٢٢٨ .

الأحوال بالتعويض للأب والأم عن وفاة ولدهما وللابن والبنت عن وفاة والدهما ، وقضت به أحيانا للأب والأخوة معا ، أو للأخت الشقيقة أو للأخت لأم من وفاة أخيها ، أو للخال عن وفاة ابن اخته ، لكنها أحيانا أخرى رفضت التعويض للأخوة لأم ، بل حتى للاخوة الأشقاء ، وقصرته على الأصول والفروع ، وذهب بعض تلك الأحكام الى قصر التعويض عن الضرر الأدبى على الابن الصغير دون الزوج أو الأب ، غير أنها في الأحوال التي رأت فيها جواز المطالبة بتعويض لم تكتف بدرجة القرابة في ذاتها ، بل باعتبارها قرينة قابلة لاثبات العكس على تحقق الضرر الأدبى في شخص طالب التعويض ، فرفضت تعويض الأب عما ادعاه من ضرر أدبى أصابه بسبب موت ابنه بعد أن ثبت لديها ، أنه كان قد ترك ابنه وشرده ، ولم يعد يهتم به الا منذ علم بوفاته ، ورأى فيها فرصة للكسب ، كما رفضت دعوى التعويض باسم أطفال صغار عن الضرر الأدبي الذى أصابهم بموت أخيهم ، اذ وجدت ان صغر سن المدعين يجعلهم بعيدين عن الاحساس بألم حقيقى لموت أخيهم ، أى أن المحاكم كانت تعتبر الأمر في صلة طالب التعويض بالمجنى عليه الأصلى ، وفي تحقق الضرر فيه أو عدمه ، متعلقا بالواقع ، ومتروكا تقديره لمحكمة الموضوع بحسب كل حالة وظروفها (١) ، بل ان بعض المحاكم قد فرضت من لدنها حلولا ينقصها السند التشريعى ، فجنبنا القانون المدنى الجديد مشقة ذلك (٢) . وبذلك قيد المشرع المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد وبين عزيزه الذى فقده ، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر ، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذى يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ، ما لم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية ، وليس معنى ذلك ان هؤلاء الأشخاص يجوز لهم جميعا لمجرد صلتهم بالمجنى عليه طلب التعويض عن موته ، بل لا بد أن يثبت كل من

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ السابق ـ ص ١٦٠ ، والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع والمكان السابقان .

يطالب بتعويض منهم ان صلته بالفقيد جعلته يتألم حقيقة لموته(١) .

٤٩٣ — ويلاحظ أنه اذا كان القانون قد اقتصر على ذكر تعويض الأقارب عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، فان ذلك لا ينفي حقهم في التعويض عما يحسونه من الم بسبب أى أذى آخر دون الموت ، كتشويه المصاب أو بتر عضو من أعضائه ، أواصابته بعاهة مستديمة (٢) ، وقد يتبادر الى الذهن ان الحصر الوارد في المادة (٢٢٢) للأقارب الذين يثبت لهم الحق في التعويض عما يحسونه من ألم بسبب موت المصاب لا يكون منطبقا حالتئذ ، ولكن الواقع ان هذا الحصر يكون في تلك الحالة واجب الاتباع من باب أولى ، بل يجب زيادة التضييق فيه ، لأنه كلما كان الضرر الذى حل بالمصاب الأصلى أخف كان تألم أقاربه لضرره أقل (٣) فاذا تضاءل ذلك الضرر أو اقتصر على أن يكون ضررا أدبيا فحسب ، فالغالب ألا يكون هناك محل لتعويض أقارب المصاب الأصلى عما قد يدعونه من ضرر أدبى مرتد ، حتى ان الاستاذ السنهورى - يرى كما سبق القول - انه من الصعب أن نتصور تعويضا يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأب والأم (٤) .

٤٩٤ — واذا تعدد الأشخاص الذين أصابهم ضرر أدبى مرتد عن أصابة المجنى عليه الأصلية ، وتوافرت فيهم جميعا الشروط اللازمة للحصول على تعويض عن الضرر الأدبى ، وبخاصة صفة الزوجية أو درجة القرابة المطلوبة ، ثبت لكل منهم حق مستقل عن حق غيره في الحصول على تعويض عما أصابه شخصيا من ضرر أدبى بسبب موت المجنى عليه ، فيجوز لهم أن يطالبوا بهذه التعويضات مجتمعين أو متفرقين ، دون أن يمس استعمال أحدهم حقه في ذلك بحقوق

---

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٦١ .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٧١ .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٦٢ .

(٤) السنهورى - المرجع نفسه - ص ٨٧١ .

الآخرين فيه ، فلا يحجب أحدهم غيره ، ولا يلزمون بمراعاة أى ترتيب في رفع دعاواهم فيجوز مثلا ، للأب وللأم أن يطالبا بالتعويض عن قتل ولدهما في دعوى واحدة فيحكم لكل منهما بما يستحقه من تعويض بقدر ما أصابه من ضرر ، ويجوز أن يرفع كل منهما دعوى مستقلة بحقه ، وأن يكون ذلك في وقت واحد أو على التوالى ، ولا تؤثر دعوى أيهما في الدعوى الأخرى ، كما ان الدعوى المرفوعة منهما معا أو من أيهما ، لا تحول دون مباشرة زوجة ولدهما المجنى عليه الأصلى أو أولاده حقوقهم في طلب التعويض عما أصابهم شخصيا من أضرار مادية وأدبية (١) .

٤٩٥ ـ اتجاه بعض التشريعات في توسيع دائرة الأقارب :

ذلك هو موقف القانون المدنى المصرى ، وهو الموقف الذى اختاره المشرعان السورى والليبى ، أما التقنينات العراقى والأردنى واللبنانى فقد نحى كل منها منحى آخر ، فالمشرع العراقى لم يشأ فيما يتعلق بالأقارب الذين يرتد عليهم ضرر أدبى بسبب موت المجنى عليه الأصلى ، أن يتبع التحديد الذى أخذ به التقنين المصرى ، ومن بعده التقنينان السورى والليبى ، فلم يقصر الحق في التعويض في هذه الحالة على الأقارب الى الدرجة الثانية ، بل اطلقه حين نص على أنه يجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبى بسبب موت المصاب فجعل تقدير صلة القرابة متروكة للمحكمة تقضى فيها بما تراه .

وقد اختلف الفقه في ذلك ، فذهب رأى وجيه الى أنهم يجب أن يكونوا من ورثة هذا الأخير (٢) ، بينما ذهب رأى آخر الى أن تقدير القرابة متروكة للمحكمة لتقدرها من واقع ظروف كل حالة (٣) ، وفي نفس

---

(١) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) د . حسنى الذنون ـ النظرية العامة للالتزام ـ جـ١ ـ ص٣١١ ، بغداد ١٩٦٩م .

(٣) د . عبدالمجيد الحكيم ـ مصادر الالتزام ـ ص ٥٣٦ ، بغداد سنة ١٩٦٩م .

هذا المعنى ، نصت المادة (٢/٢٦٧) من التقنين المدنى الأردنى بقولها : " ويجوز أن يقضى بالضمان (في الضرر الأدبى) للأزواج ، والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبى بسبب موت المصاب " . وقد ورد نفس لفظ تلك المادة في مشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد الذى أعدته لجنة الخبراء بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية في الدائرة القانونية بتونس سنة ١٩٨٤م ، وذلك في المادة (٢/٢٧١) من مشروع هذا القانون (١) ، أما القانون اللبنانى فقد أجاز للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار الى شأن المحبة اذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية ،أو صلة الرحم وذلك في المادة (٣/١٣٤) موجبات وعقود ، ويرى الاستاذ الدكتور أنور سلطان : ان لفظ الرحم في النص العربى هو ترجمة خاطئة للفظ alliance الوارد في النص الفرنسي وترجمته الصحيحة ، المصاهرة ، وعلى هذا يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى في القانون اللبنانى على الأشخاص الذين تربطهم بالمصاب قرابة نسب أو مصاهرة ومنهم الزوجان ، وهذا الحكم يؤخذ ،في حالة موت أو عدم موت المصاب (٢) .

---

(١) ملحق في الفعل الضار ، للدكتور مصطفى الزرقا ـ ص ٢٢٥ ، دار القلم بدمشق .

(٢) د . أنور سلطان ـ النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصرى واللبنانى ـ ص ٣٣٠ ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣م ، د . محمد لبيب شنب ـ موجز في مصادر الالتزام ـ ص ٢٣ ـ دار النهضة العربية ١٩٦٩م .

اذا رآه الامام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام المصلحة فيه أوعلم أنه لا ينجبر الا به ، وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد " (١) .

ومن المؤكد أن قيام التعويض عن الضرر الأدبي في كثير من صوره على التعزير يعطيه قدرا كبيرا من المرونة التي يقدر القاضي من خلالها على اصلاح الضرر بصورة طيبة .

٤٨٦ — محل المصلحة المعتدى عليها في الضرر الأدبي :

واذا تأملنا محال المصالح المعتدى عليها في الضرر الأدبي نجد أنها تمثل حقوقا مشتركة بين حق الله وحق العبد ، وحق الله فيها غالب ، كما في حالة حد القذف ، لما في سبب حد القذف من رمي للمؤمنين والمؤمنات بما يؤذيهم وفي نفس الوقت فان هذا الفعل يتضمن خدشا للحياء العام في المجتمع ، واشاعة للفاحشة في الذين آمنوا ، بما يشكل مع التعدى على حق المعتدى عليه ، تعديا على حق المجتمع في حفظ حياته وعدم اشاعة الفاحشة فيه .
كما تنطوى الجريمة على اعتداء على حق خالص للعبد ، ولذلك يمكن القول : ان اصلاح الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي ، له صفة اصلاح الضرر من ناحية ما يتقرر في حالة التعدى على حق الفرد ، وله أيضا صفة الردع في حالة العقاب المقرر لغلبة حق الله في المصلحة المعتدى عليها بالضرر الأدبي ، والتعزير يمكن أن يجمع في طياته بين هذين المعنيين ، وأن طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون يمكن أن تكون قريبة مما هو مقرر لها في الفقه الاسلامي الى حد كبير .

---

(١) المغني - لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٣١٦ .

(المبحث الثاني)

مدى انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

(المطلب الأول)

مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة في فقه القانون

٤٨٧ — الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي إنه شخصي مقصور على المضرور نفسه ، فلا ينتقل الى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال الا اذا أصبحت مطالبة المضرور به محققه ، وقد عرضت المادة (٢٢٢) لتحديد ذلك فذكرت ان انتقال حق التعويض لا يتم الا باحدى طريقتين : أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، وتحديد التعويض على هذا الوجه يقتضى اتفاقا بين الاثنين ، أو أن يكون الاتفاق قد استعصى فلجأ المضرور الى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أن يكون قد رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم ، أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض الى أحد ، بل يزول الحق بموت (١) المضرور .

---

(١) كان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم ، لكنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى-اذا لم يوجد اتفاق- بالمطالبة القضائية ، بل يشترط صدور حكم نهائي يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره ، الوسيط للسنهورى -ج ١- ص ٨٧١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٧ نوفمبر
=

الذى نشأ في ذمة مورثه والذى يشاركه فيه سائر الورثة (١).

٤٩٨ ــ ب ـ وأما الضرر المادى الناشئ عن المساس بحق أدبى :

وأما عن الضرر المادى الناشئ عن المساس بحق أدبى كالذى يصيب الانسان من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه يعطى المضرور حقا في التعويض ، لكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته (٢) غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضي تحت تأثير الفقيه لابيه Labbe ، وقررت ان الضرر المادى سواء أصاب المضرور في ماله مباشرة أم أصابه من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو سمعته يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية ، وينتقل من بعده الى ورثته (٣) .

ان ممارسة الورثة لهذا الحق يعتبر نوعا من اعادة التوازن الى ذمة المتوفى ، واذا كانت الوفاة قد حالت دون أن يباشر المضرور عملية اعادة هذا التوازن فلا أقل من يمارسه الورثة نيابة عنه باعتبارهم امتدادا لشخص مورثهم (٤) ، فان قيل ان المضرور المباشر لا يمكنه بداهة بعد وفاته أن يطالب بالتعويض فلا يجوز لورثته أن يطالبوا بما لم يقدر هو على المطالبة به ، فان هذا القول يمكن رده بوجوب التفرقة بين الحق في التعويض ، وبين استعمال أو ممارسة الدعوى بهذا الحق ، اذ ان استحالة مباشرة الدعوى من المضرور لا تعنى عدم الانتقال الى الورثة ، ان حق التعويض اذا كان قد ترتب للمضرور قبل وفاته ، أليس من العدل أن يسمح لورثته بمباشرة الدعوى

---

(١) د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٦٤ .

(٢) د . سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الأحكام ـ السابق ـ ص ٢٤١ وما بعدها ، د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٨٠ وما بعدها .

(٣) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٢ .

(٤) مازو ـ السابق ـ جـ ٢ ـ ص ١٠٣٣ .

به متى استحال عليه ذلك لأسباب لا تتعلق بموضوع حقه ، ولكن لعدم وجود الوقت الكافى الذى يملك أن يباشر هذه الدعوى خلاله ، والورثة حين يباشرون هذه الدعوى انما يفعلون ذلك باعتبارهم امتداد لشخص هذا الأخير أو نوابه الطبيعيين (١) .

فالخلاصة : ان الحق في التعويض عن الضرر المادى الناتج عن الاصابة الجسدية أو عن الموت ينتقل مع باقى عناصر ذمة المتوفى الى ورثته ، وليس في القانون ما يمنع ذلك بل ان العدالة توجبه (٢) .

٤٩٩ ـ ثانيا: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى :

لا يثور التساؤل بالنسبة لانتقال الحق في التعويض عن الأضرار الجسدية في جانبها الأدبى الى الورثة الا في الحالة التى يتوفى فيها المضرور قبل أن يحصل على حكم بهذا التعويض ، سواء أكان قد رفع الدعوى به أم لم يرفع ، أما اذا كان المضرور قد رفع الدعوى وحصل على حكم فيها بالتعويض فان مبلغ التعويض يدخل في ذمته المالية وينتقل الى ورثته بعد وفاته مثله في ذلك مثل باقى عناصر التركة .

فاذا توفى المضرور قبل أن يحصل على حكم بالتعويض عما لحقه من ضرر ، وبصفة خاصة قبل أن يرفع الدعوى به ، فهل ينتقل الحق فيه الى ورثته ؟ . (٣)

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٨٢ .

(٣) هذا السؤال يعرض أيا كانت طبيعة أو صورة الضرر الأدبى يستوى أن يكون ألما جسديا أو نفسيا نتج عن الاصابة الجسدية ، ألم من جراء فقد عزيز ، الاعتداء على الشرف والاعتبار ... الخ ، ذلك ما عبرت عنه الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية عن الضرر الذى لحق المورث ، والذى يطلب الوارث تعويضه: بأنه ضرر وراثي .

ان الاجابة عن هذا التساؤل يتنازعها عدد من الاتجاهات التي تدور بين الاطلاق والتقييد ، مما يقتضي بيان تلك الاتجاهات وموقف القانون المدني المصري منها .

٥٠٠ _ ١ _ الاتجاهات التي تحكم انتقال حق التعويض من الضرر الأدبي :

هناك اتجاهان رئيسان يحكمان انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة أولهما : الاتجاه المقيد والذى يبدو أنه قد ولد متأثرا بالخلاف الذى ثار حول استحقاق المصاب تعويضا عنه أو عدمه ، حيث ان هذا الخلاف قد أثر في قوة هذا الحق بعد أن اعترف به ، ومن ثم في جواز انتقاله الى الورثة أو عدمه (١) ،وهذا الاتجاه يقوم على أسس معينة تتعلق بنشوء الحق في التعويض وطبيعته ، وبموقف المضرور قبل وفاته ، والهدف من التعويض عن الضرر الأدبي ، وقواعد الاختصاص القضائي ، وثانيهما : الاتجاه الثاني وهو الذى ينادى بانتقال هذا الحق الى الورثة ما دام المضرور لم يتنازل عنه قبل موته ، ونبين هذين الاتجاهين :

٥٠١ _ الاتجاه الأول :تقييد انتقال حق التعويض الى الورثة :

من المعروف ان اتجاه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر نحو تعويض الضرر الأدبي ، جاء على انقاض رفض المحاكم التسليم بهذا الحق أول الأمر بناء على الحجج المعروفة والتي منها : ان الضرر الأدبي لا يعتبر خسارة مالية ، فلا ينجبر بالتعويض المالى ، وان تعويضه بالمال مما ينافى المثل العليا ، وانه لا يمكن تقويمه بالمال مما يقطع بأن تقديره سيكون تحكميا فلا يمكن أن يحقق العدالة ، غير أن المحاكم قد عدلت عن هذا الاتجاه ،وانعقد اجماع الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي منذ زمن ، غير ان هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر

---

(١) د . سليمان مرقس _ الفعل الضار _ ص ١٦٤ .

الأدبى ، ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، مما جعل الشراح والمحاكم يختلفون في طبيعة هذا الحق على نحو يجعل انتقاله الى الورثة محكوما بازالة الخلط الذى وقع حول طبيعته (١) .

٥٠٢ ـ الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد :

وكما سبق القول ، فان الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة يستند الى حجج مستمدة من اعتبارات تتصل بنشوء هذا الحق وطبيعته ، ومن موقف المضرور قبل وفاته ، ومن الهدف من التعويض ، ومن قواعد الاختصاص القضائى :

٥٠٣ ـ أ ـ طبيعة الحق ونشأته :

يعتبر التعويض عن الضرر الأدبى في رأى بعض الفقهاء حقا شخصيا يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ، ومن ثم دخوله في ذمة المضرور على تقدير هذا الأخير ومطالبته به ، ويترتب على ذلك انه اذا توفى المضرور قبل أن يطالب بهذا الحق ، فانه ينقضى ويمتنع انتقاله الى ورثته (٢) ، ذلك أن الضرر لا يمس ذمة المضرور لأنه ضرر غير مالى لا تنقضى به الذمة المالية للمضرور ، وليس للورثة بالتالى المطالبة بجبر هذا الانتقاص لأنه لم يوجد ، وحتى اذا قيل ان دعوى التعويض تعتبر حقا ماليا ، فان المضرور وحده هو الذى يستطيع أن يباشرها لسببين :

أولهما : ان التعويض المقابل لحق غير مالى يصعب تقديره بدون تدخل المضرور لأنه وحده هو الذى يستطيع أن يفصح عن مقدار ما حل به من ضرر .

---

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الاحكام ـ السابق ـ ص ٢٤٢ ـ وما بعدها .

(٢) د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ فقرة ٤٦٧ ، وعبد السلام ذهنى بك ـ في الالتزامات ـ فقرة ٧٩٤ ـ ص ٧٣٥ ، د . سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٦٤ وما بعدها ، وبحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٤٢ وما بعدها والمراجع المشار اليها فيه ، د . احمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٣ .

ثانيهما : ان هذا الحق يتصل بشخص المضرور طبقا للمادة (٢٣٥) مدنى مصرى والمادة (١١٦٦) مدنى فرنسى ، واللتان تعالجان أمر استعمال الدائنين للدعوى غير المباشرة ، بحيث لا يجوز لغير شخص المضرور أن يقوم مقامه في المطالبة به ، ومؤدى ذلك ان الحق في التعويض عن الضرر الأدبى لا يعتبر حقا ماليا الا اذا رفع المضرور الدعوى به قبل موته ، فدعوى التعويض عن الضرر الأدبى ، لا تأخذ الطابع المالى الا اذا قرر المضرور أن يحولها الى حق مالى من خلال رفعها ، حيث يكون بذلك قد حول الضرر الأدبى الى حق مالى يدخل في ذمته المالية وينتقل بموته الى ورثته (١) .

٥٠٤ - ب - افتراض تنازل المضرور قبل وفاته :

ومن الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة ، افتراض ان المضرور قد تنازل عن حقه في التعويض قبل وفاته ، وذلك استنادا الى ما تقضي به قواعد القانون الرومانى ، من أن المضرور اذا توفى قبل أن يرفع دعوى التعويض الناشئة عن ضرر شخصي لحق بالمورث ، يجوز أن يكون قد تنازل عنها قبل وفاته (٢) . ومن ثم فانه ليس للورثة بعد ذلك أن يباشروا هذه الدعوى ، يضاف الى ذلك ان تلك الدعوى انما تستهدف اشباع رغبة الانتقام لدى المضرور ومثل تلك الدعاوى تنقضي بموت صاحبها ، فاذا توفى هذا دون أن يرفعها ، فيفترض أنه قد

(١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٩٤ .

(٢) حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠م في القضية رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠ القضائية ، وقد جاء فيه : ان القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجني عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصي لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته ، وراجع : تعليق د . سليمان مرقس على هذا الحكم - في بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٣٩ وما بعدها .

عفى عن المسئول (١) .

٥٠٥ ـ جـ ـ شخصية التعويض عن الضرر الأدبى :

ويقول أنصار الاتجاه المقيد : ان الهدف من تعويض الضرر الأدبى ذو طابع شخصى يقتضى منح التعويض لمن أصيب شخصيا بالضرر ، ذلك ان القيم المعوض عنها هى في الأصل قيم غير مالية ، ومع ذلك فانها رغم عدم ماليتها تسمو على القيم المالية وتسبقها في نفس المضرور ، ومن ثم فانه لا يمكن لأى مبلغ من النقود أن يجبر مثل هذا الضرر الذى يمس تلك القيم اللهم الا اذا استهدف المبلغ المدفوع كتعويض عنها التخفيف عن المضرور وتسليته ، وهذا يقتضى دفع التعويض له شخصيا ، كما ان دفعه الى الورثة ـ وشأنه كذلك ـ يخالف المقصود منه ، ويتعارض مع الارتقاء الانسانى للشخص ، وسيعتبر التعويض عقوبة للمسئول أكثر منه تعويضا للمضرور ، كما انه سيعتبر اثراء للورثة بسبب ما أصاب مورثهم من ضرر أدبى ، وهذا الاثراء ليس له ما يبرره (٢) .

٥٠٦ ـ د ـ مخالفة انتقال التعويض لقواعد الاختصاص القضائي :

وهناك أساس رابع يستند اليه الاتجاه المقيد ، حاصلة : ان القول بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى يتنافى مع قواعد الاختصاص القضائى ، والتي بمقتضاها لا يسمح قانون الاجراءات الجنائية برفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية الا لمن أصابه ضرر مباشر وشخصى من جراء الجريمة ، ولئن كان الضرر الأدبى بالنسبة للمضرور يعتبر ضررا شخصيا ومباشرا ، فانه لا يعتبر كذلك بالنسبة لورثته ، وقد رفضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ـ تطبيقا لتلك القواعد ـ قبول الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بتعويض ما أصاب مورثهم من ضرر أدبى بسبب الاعتداء عليه ، اذ أن مثل هذا الضرر وتعويضه يعتبر من الأمور الشخصية بالنسبة للمضرور ، فلا

---

(١) كاربونيه في القانون المدنى ـ جـ ٤ ـ ص ٣١٥ ، مشار اليه في د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٥ .

(٢) د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٦ ، د . أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ص٩٦ ، والمراجع المشار اليها فيه .

يجوز لورثته أن يقوموا مقامه في رفعها اذا كان المضرور نفسه لم يقم برفعها أثناء حياته (١) .

هذه هي الأسس التي استندا اليها أصحاب الاتجاه المقيد ويبدو أنها لم تسلم من المناقشة ، حيث أورد أصحاب الاتجاه الثاني والذى يقضى بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة ، عليها عددا من المناقشات التي نردها والتي يتأسس عليها رأيهم كما سنرى .

٥٠٧ ـ الاتجاه الثاني : انتقال حق التعويض ما دام المضرور لم يتنازل عنه :

وهذا الاتجاه يعتبر عكس الاتجاه المقيد ، وقد قال به فريق من الشراح ، وحاصل رأيهم ، أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ينتقل الى الورثة مثله في ذلك كمثل الضرر المادى ، وليس هناك من قيد على هذا الانتقال سوى عدم تنازل المضرور عنه (٢) .

---

(١) في هذا المعنى : حكم محكمة النقض الجنائي المصرى في ١٥ يناير سنة ١٩٧٤م ، مجموعة النقض الجنائي ـ السنة ٢٥ ـ ص ٣٦ ، ونقض جنائي فرنسي في ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ ـ دالوز ١٩٦٠ ـ ٤٧٤ ، مشار اليه في د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٦ ـ هامش ٣٢٥ .

(٢) راجع : د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٤٥ ، وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (نقض بلجيكي ١٩٣٠/٦/٣٠ ، مجلة التأمين والمسئولين ـ ص ١٠٥٩) وتابعتها في ذلك سائر المحاكم البلجيكية ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين بتاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ، ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ ، ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيو سنة ١٩٤٣ ، المرجع والمكان السابقان ، دروس في المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٤ ـ ص ١٤١ هامش (٣) ، وقد جاء في الحكم الأخير : ان هذا الحق ينتقل الى ورثة المجنى عليه كما

وقد خطت المحاكم الفرنسية ، ومن قبل محكمة النقض البلجيكية خطوات الى الامام بخصوص تدعيم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي من خلال اعتناق هذا الاتجاه بينما سارت المحاكم المصرية في هذا الاتجاه خطوة الى الوراء ، حيث تشددت في انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة ، فلم تكتف في هذا الصدد بأن يكون المصاب قد طالب بهذا الحق حال حياته ، بل اشترطت أن يكون حقه قد تقرر قبل وفاته اما بحكم نهائي واما باتفاق بين الطرفين (١) .

= ينتقل اليهم حقه في التعويض عن الضرر المادى ما دام المجني عليه لم ينزل عنه قبل وفاته .

(١) حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ ، ٥٣ - ٢٠ ، و ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨ ، ٥٠ - ٣٦٧ وقد جاء فيه : " ان حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي الذى يصيب المجني عليه في حادثه ، كالألم الجسماني والاضطراب النفسي ، حق متصل بشخصه مقصود منه ايصال التعويض اليه شخصيا ، فهو حق غير داخل في ذمة المجني عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة ، فينتقض بوفاة المجني عليه قبل تقريره ، ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة ، غير أن محكمة النقض المصرية قد عدلت فيما يبدو عن هذا الاتجاه في حكمين لها صدر الأول منهما في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه ٣٢ - ١٢٨٦ - ٣٥٤) وقد نص على أن حق التعويض عن الضرر الأدبي ينتقل الى الورثة ما دام المورث لم يكن قد نزل عنه قبل وفاته ، وصدر الحكم الثاني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه - ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٣٤) ، وقد نص على أن : حق المورث في تعويض الضرر الأدبي والدعوى به من الحقوق المالية التي تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاته الى ورثته ما دام انه لم يأت ما يفيد نزوله عنه ، وراجع في التعليق على هذين الحكمين : د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٣٨ وما بعدها حيث يرى : ان محكمة النقض لم تخرج في هذين الحكمين على مقتضى أحكام القضاء السابقة ، لأن =

لكن القائلين بهذا الرأى لن يسلم لهم ما يريدون تقريره دون أن يتناولوا الأسس التي يقوم عليها رأى مخالفيهم بالمناقشة التي يستبين منها ، صلاحية تلك الأسس لبناء الحكم عليها ،ومن ثم ومن خلال ردهم لها يقيمون رأيهم .

٥٠٨ — مناقشة الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد :

من الأهمية لأصحاب الاتجاه القاضي بنقل التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة أن يناقشوا الأسس التي استند اليها المقيدون لانتقال هذا الحق ، ومدى صحة ما أبدوه من أسانيد قانونية نفيما يتعلق بنشوء الحق في التعويض وطبيعته غير المالية فان القول بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى لا يعتبر حقا ماليا ، ولا يدخل بالتالى في ذمة المضرور الا بعد أن تصدر منه المطالبة به ، هو قول لا يتفق مع القواعد العامة في المسئولية المدنية ، ولا مع المنطق ، لأن الحق في التعويض عن الضرر الأدبى مثله في ذلك كمثل التعويض عن الضرر المادى تنشأ المصلحة نيه للمضرور من وقت وقوع الفعل الضار ، ومن ثم فلا محل لتعليق نشوء هذا الحق على المطالبة به ، نفضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق ، لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها ، لا تصح قبل وجود الحق المطالب به ، والقول بذلك يؤدى الى الدور في حلقة مفرغة ، ويجعل نشوء الحق في التعويض مستحيلا (١) .

فان قيل ان دين التعويض النقدى لا يوجد الا من يوم الحكم به ، بحيث يعتبر الحكم منشئا أو محددا للحق في التعويض ، قلنا ان هذا الحكم نفسه يعتبر كاشفا لهذا الحق الذى وجد من حيث

= موضوع الدعوى الأولى كان ضررا جسميا ماديا لا ضررا أدبيا بحتا ، والدعوى الثانية كان حق المصاب قد تقرر بطلبه قبل وفاته فانتقل حقه الى ورثته .

(١) د . سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٤٤ .

المبدأ من وقت الفعل الضار ، ان الالتزام الذى يقابل الحق هو التزام مالى ، قابل للتقويم النقدى ، وحكم القاضى كاشف يتعلق بمبدأ التعويض ولكنه منشئ بالنسبة لتحديد محله من ناحية صورته ومقداره ، وبناء عليه يكون الحق في التعويض حقا ماليا قبل رفع الدعوى به وقبل صدور الحكم بشأنه (١) .

٥٠٩ — والقول بأنه يصعب تقدير الضرر الأدبى الذى أصاب المضرور اذا لم يرفع الدعوى بنفسه ، غير مقبول لعدة اعتبارات، منها : ان الضرر لا يقدر بواسطة المضرور ، وانما يقدره القاضى ، وصعوبة تقدير الضرر موجودة حتى لو رفع المضرور الدعوى بنفسه ، فهو أمر لا يمنع من قبول الدعوى (٢) ، بل ان قرب الورثة من المضرور ، ومعاصرتهم لآلامه يمكنهم من معرفة ما أصابه من ضرر بصورة أكثر وضوحا من تلك التي يمكن أن يتوصل اليها القاضى من طريق الخبراء (٣) .

٥١٠ — وما يقول به أصحاب الاتجاه المقيد من أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ينقضى اذا توفى المضرور قبل أن يطالب به ، وحينئذ تعتبر عدم مطالبة المضرور بهذا الحق قبل وفاته قرينة على نزوله عنه ، وبالتالى لا يجوز لورثته أن يطالبوا به ، ذلك أمر غير مسلم به ، لأنه لا يمكن افتراض النزول عن الحق من مجرد عدم رفع الدعوى به قبل الوفاة ، فقد تحدث الوفاة فور الاصابة فلا يجد المضرور الوقت الكافي لرفعها ، ان النزول عن الحق في التعويض لا يفترض، وانما لا بد أن يصدر من المضرور ما يدل عليه يقينا (٤) ، وتلك القرينة غير مسلم بها لا من الفقه ولا من القضاء ، ولا أساس لها من الصحة (٥) ،،

---

(١) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٩ .
(٢) السنهورى ـ الوسيط ـ ج ١ ـ ص ٩٦٣ ـ فقرة ٦٣٩ .
(٣) د . أحمد شرف الدين ـ المرجع والمكان السابقان .
(٤) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٤ .
(٥) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٠١ .

واذا كان سقوط الحق بناء على هذا الافتراض المرفوض غير متحقق (١) ، فان للورثة أن يمارسوا الدعوى بالحق في التعويض باسم مورثهم المضرور ما دام ان هذا الحق لم يسقط بالتقادم .

٥١١ ـ وما يقال من أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره عنه ، لا يسرى على الورثة في رأى بعض الفقهاء ، لأنهم ليسوا من الغير ، بل يخلفون المورث في حدود تركته ويقومون مقامه في جميع حقوقه فيبقى شخص مورثهم مستمرا فيهم ، كما أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية ، وانه يتخلف عنه بعد وفاته فينتقل الى ورثته في ضمن محتويات تركته ، والورثة يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه ، خلافا للدائنين حال حياته (٢) .

٥١٢ ـ وما يقال من أن الهدف من التعويض عن الضرر الأدبي ، يأبى أن يطالب الورثة به ، نقول انه يتعين التفرقة بين الحق في التعويض باعتباره وسيلة ، وبين الترضية المعنوية باعتبارها أثرا لهذا الحق ، ومقصود التعويض ليس هو اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار ، والا فانه لا يمكن اعادة المتوفى الى قيد الحياة ، ولكن المقصود به توفير بعض المزايا وشيئا من الترضية التي تزداد بقدرها محتويات الذمة الأدبية للمضرور ، فالأثر النهائي لدفع مبلغ التعويض هو اعادة الميزان الحسابي للذمة الأدبية للمضرور ، واذا كان الترضية قيمة معنوية ، الا أنها تعتبر من ناحية التعويض عنها حقا ماليا ينتقل بوفاة المضرور الى الورثة (٣) ، وليس معنى ذلك أن الورثة يستفيدون ماليا من آلام المضرور وهذا غير مقبول ، لأن الحق

---

(١) مارتى ورينو ـ السابق ـ جـ ٢ ـ ص ٦٨ ، د . جمال الدين محمد زكى ـ السابق ـ ص ٤٩٥ ـ فقرة ٢٧٦ .

(٢) د . سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٤ وما بعدها .

(٣) الوسيط للسنهورى ـ ص ٩٨٤ ـ فقرة ٥٧٨ ، د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٠٣ .

قد نشأ قبل موت المضرور ، ودخل في ذمته المالية . ولا يعقل أن يخرج منها لمجرد وفاة المضرور قبل اقامة الدعوى به ، والا كان من مصلحة المسئول أن يجهز على ضحيته في الحال ليتقى تعويض الضرر ، ان معنى اشتراط اقامة الدعوى قبل وفاة المضرور أن يضيع الحق في تعويض الضرر الأدبى الذى ينجم عن الوفاة الفورية رغم بشاعة الجرم في حالة العمد وجسامته في حالة الخطأ ، وعند المفاضلة بين حصول الورثة على مقابل نقدى لآلام مورثهم المضرور ، وبين استفادة المسئول عن موت المضرور الذى لم يرفع الدعوى يتعين اختيار الأمر الأول (١) .

وهكذا تتساقط حجج الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة ، حيث اعتبرنا هؤلاء جميعا امتدادا لشخص المضرور ، أما اذا اعتبرنا الورثة من الغير فان الأمر سيكون على خلاف ذلك ، ومن ثم يجب علينا أن نعنى ببيان صفة الورثة ، وهل هم من الغير ، أم يعتبرون النواب الطبيعيين لمورثهم المضرور ؟ ، ذلك ما سنبحثه ونجيب عليه من خلال بيان موقف القانون المدنى المصرى من تلك الاتجاهات .

٥١٣ - ٢ - موقف القانون المدنى المصرى من تلك الاتجاهات:

يبدو أن القانون المدنى المصرى قد تأثر بالاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، لكنه لم يصل في حد هذا التأثر الى درجة اشتراط تقرير التعويض بحكم نهائى حاز قوة الشئ المحكوم فيه ، على نحو ما كانت تقضى به المادة (٢٣٨) من التقنين المدنى المصرى ، ومذكرة المشروع التمهيدى لتلك المادة ، وهى تقابل المادة (٢٢٢) مدنى ، والتي أبرزت القيود التي ترد على انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة بقولها : " ان هذا التعويض يصطبغ بصبغة أدبية تجعله شخصيا من وجه

---

(١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١٠٤ ، والمراجع المشار اليها فيه .

فلا ينتقل بطريق الميراث بأى حال من الأحوال الا اذا تأكـــدت صبغتـه المالية بعد تقديره نهائيا بالتراضي أو بحكم القاضى (١) .

ولم يتأثر كذلك ببعض الأحكام القضائية التي صدرت فـــي اطار هذا الاتجاه المبالغ في التقييد الى حد اشتراط أن تكون مالية الحق في التعويض عن الضرر الأدبى قد تحددت بمقتضى اتفـــاق أو قسم نهائي (٢) ، وقد أفصح التقنين المدنى المصرى عن منحـاه في التأثر بالاتجاه المقيد من خلال ما ذكرته الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مدنى من أنه يشترط لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الغير توافر أحد أمرين : اما أن يكون مبلغ التعويض قـد تحدد باتفاق بين المضرور والمسئول ، واما أن يكون المضرور قد طالب به أمام القضاء . وكما يبدو من نص المادة (١/٢٢٢) مدنى ، انهـا لا تمنع من نشوء الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، بل انهـــا لتقضى به أيا كان مصدره ، ان نص المادة المشار اليها لا يعالـــج الا مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى بعد نشوئه في ذمة المضرور ، ولعل المشرع حين اشترط أن يكون مقدار التعويـــض قد تحدد بمقتضى الاتفاق ، انما كان يقصد تأكيد صبغته الماليـة ، كما أنه قصد من المطالبة القضائية اظهار ارادة المضرور قاطعة فـــي المطالبة بهذا الحق الذى يتصل بشخصه ، ومن ثم كانت غاية كـــل قيد تختلف عن غاية القيد الآخر ، وهذا الاختلاف يثير تساؤلا حـــول مقصد المشرع من فرض تلك القيود وعما اذا كان يعتبر هذا الحق غير مالى قبل تحقق أحد الأمرين اللذين أشارت اليهما المادة المذكورة ؟، أم ان المشرع يعتبر هذا الحق ماليا ، ولكن طابعه الشخصى قـــد استوقفه فمنع انتقاله الى الغير حتى يظهر المضرور ارادته فـــي المطالبة به ؟ ، واذا كان النص يعالج مسألة انتقال الحق فـــي التعويض عن الضرر الأدبى الى الغير ، فهل هذا الوصف (وصـــف الغيرية) يسرى على الورثة ؟ ، ذلك ماينبغي دراسته في هذا المقام .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٢ ـ في الهامـش، ومن المعروف ان التقنين المدنى قد اكتفي بمجرد رفع الدعوى .

(٢) مثل ما صدر عن محكمة الاستئناف المختلط في ١٧ / ١١ / ١٩٤٠، ١٥/٦/١٩٤٨ وقد سبقت الاشارة اليهما .

٥١٤ - أولا : الطابع المالي للحق في التعويض عن الضرر الأدبي :

ذهب جانب من الفقه الى أن المادة (٢٢٢/١) مدني ، بما وضعته من قيود على انتقال حق التعويض الى الغير ، تعد دليلا على أن المشرع اعتبر هذا الحق من نوع خاص ولا يصبح حقا ماليا الا بعد الاتفاق على مقداره أو المطالبة به أمام القضاء (١) ، بينما ذهب رأى آخر نرجحه الى أن هذا ليس قصد المشرع ، بل لا يجوز أن يكون هذا هو قصده ، لأن طبيعة الحق من حيث كونه ماليا أو غير مالي تتحدد بالنظر الى محله من حيث امكان تقديره بالنقود من عدمه وقت نشوئه (٢) ولا يؤثر ذلك النظر في مدى امكان انتقاله ، لأن الانتقال أمر بعدى لا يعرض الا بعد نشوء الحق ،

---

(١) د . أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - ص ٢٨٦ ، طبعة ١٩٧٥ م ، د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٨ وما بعدها ، السنهوري - الوسيط - جـ ١ - فقرة ٥٧٩ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - فقرة ٤٦٨ ، وراجع في هذا المعنى : حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٥٧/٥/٣١ ، المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة الأولى - العدد الرابع - ص ١٩٦ .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد شكري سرور - النظرية العامة للحق - ص ٢١١ - طبعة ١٩٧٩ ، د . عبد الحي حجازي - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٥٠ - مكتبة سيد عبدالله وهبه ، د . حمدي عبدالرحمن - فكرة الحق - ص ٧٦ وما بعدها ، ومارتي ورينو - القانون المدني - جـ ١ - فقرة ١٤٤ ، ومازو وجوجلار ، دروس في القانون المدني - جـ ١ - المجلد الأول - ص ١٩٦ - طبعة ١٩٧٢ ، د . حسن كيره - أصول القانون - فقرة ٢٤٠ - ص ٥٧٦ - الطبعة الثانية ١٩٦٠ ، د . احمد شرف الدين - السابق ص ١٠٧ .

وبعد أن تكون طبيعته قد تحددت ، والمادة المشار اليها لا تعالج الا أمر انتقال هذا الحق بعد أن نشأ ، كما ان الاستناد في تحديد طبيعة هذا الحق الى أمر انتقاله يؤدى الى الدور في حلقة مفرغة ، فالحق لا ينتقل الا اذا كان ماليا ، وهو لا يكون ماليا الا اذا أمكن انتقاله ، أى أن هذا دور وتسلسل وهو باطل .

ان المشرع لم يفرق بين الضرر المادى والأدبى الا فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عنهما ، ولا يجوز أن يستنتج من هذا أن الحق في تعويض الضرر الأدبى هو حق غير مالى ، فهذا الحق يعتبر حقا ماليا وفقا لما تقضى به القواعد العامة في المسئولية المدنية ، وقواعد المنطق (١) .

وعلى فرض أن نص المادة ١/٢٢٢ مدنى ينطبق على انتقال الحق بالميراث فان هذا لا يمنع من اعتباره حقا ماليا ، وان القيد يرد على انتقاله فقط ، اذ ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يقرر عدم انتقال حق مالى معين يوجد في ذمة الشخص الى ورثته الا بعد توافر شرط معين أو عدة شروط (٢) ، كما أن ما رجحته مذكرة المشروع التمهيدى للمادة (٢٢٨) من اعتبار الحق في التعويض عن الضرر الأدبى حقا شخصيا ، لا ينتقل الى الورثة الا اذا تأكدت صبغته المالية بالتراضى أو بحكم القاضى ، محل نظر ، لأن الحق يمكن أن يكون ماليا قبل أن يتم تقدير محله ، متى كان في الامكان تقديرها ، ولعل فيما أورده المشرع في المادة (٢٢٢/١) مدنى ، ما يكشف عن أنه قد لاحظ في حق التعويض عن الضرر الأدبى جانبا يميزه عن غيره من الحقوق المالية ، وهذا ما ينبغي ابرازه .

٥١٥ ـ ثانيا : الطابع الشخصي للحق في التعويض عن الضرر الأدبى :

وقد يقال من خلال تفسير المادة (٢٢٢/١) مدنى : أن حق

---

(١) حكم محكمة جنايات الزقازيق الذى لم تعترض عليه محكمة النقض الجنائي في ١٤ مارس سنة ١٩٦٧ ، المجموعة س ١٨ ـ ص ٤١٥ .

(٢) د . احمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١٠٨ .

التعويض عن الضرر الأدبي يتصل اتصالا وثيقا بشخص المضرور، بحيث لا ينتقل الى غيره الا اذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة، وان المادة المشار اليها، انما تحدد الحالتين اللتين تظهر فيهما ارادة المضرور قاطعة في المطالبة، وهما حالة الاتفاق مع المسئول، وحالة المطالبة القضائية (١).

ومثل هذا القول لا يستقيم مع كافة القواعد التي تضمنتها المادة المشار اليها فلو كان الأساس في قابلية الحق في التعويض للانتقال الى الغير هو مجرد ظهور ارادة المضرور قاطعة في المطالبة بالتعويض، لكان يكفي أن يكون المورث قد اتفق على مبدأ التعويض مع المسئول، ولو لم يكن قد تم الاتفاق على تحديد مقداره (٢)، أو أن يتخذ أى مظهر يدل بذاته على انصراف ارادته الى المطالبة بهذا الحق، كادلاء المجنى عليه بأقواله أمام المحقق (٣)، أو تقدمه بطلب للجنة المعافاة المختصة لاعفائه من الرسوم وندب محامى لرفع الدعوى (٤)، أو أن يتصرف في حقه بالحوالة حتى ولو ثبت بعد ذلك بطلانها ويتعين في هذه الحالة وأمثالها انتقاله الى ورثته (٥).

ولا يجوز أن يقال أن المشرع قد أقام قرينة قانونية على تنازل المضرور عن حقه في التعويض اذا توفى قبل أن يتفق مع المسئول على مقداره، أو قبل أن يطالب به قضاء، فالتنازل عن هذا الحق لا يفترض، وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم سبق :انه لا يجوز استخلاص التنازل عن هذا الحق من مجرد وفاة المضرور قبل المطالبة به،

---

(١) د. اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام والاثبات ـ ص ٦٥، والسنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩١٩ ـ هامش (٢).

(٢) د. اسماعيل غانم ـ المرجع والمكان السابقان.

(٣) حكم محكمة بنى سويف (جنح مستأنفة) بتاريخ ١٩٤٢/٣/٢، المحاماه ١٢ ـ ١١٥ ـ ٣٦٢.

(٤) نقض جنائى مصرى في ١٩٥٠/١٠/٣٠، مجلة التشريع والقضاء ٤ ـ رقم ٤٤ ـ ص ٥٥.

(٥) د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه ـ ص ٦٥ وما بعدها.

ومن ثم لم يبق الا القول بأن المشرع قد رأى أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبى يتصل بشخص المضرور، وأن الصفة الشخصية تغلب فيه على الصفة المالية ، ومن ثم يمتنع انتقاله الى الغير الا اذا أفصح المضرور عن ارادته في المطالبة به ، وهذا التفسير لن يتفق مع مركز الورثة اذا اعتبرنا أنهم امتداد لشخص المضرور، والمطالبة الصادرة منهم بالحق تعد تفسيرا لما كان مورثهم سيفعله حال حياته، فهل رفض المشرع ذلك واعتبرهم من الغير ؟ ، ذلك ما نود لـه بيانـا .

٥١٦ ـ ثالثا : مدى اعتبار الورثة من الغير :

يسود اتجاه غالب في فقه القانون ، حول اعتبار الورثة من الغير فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، ومن ثم يجب أن يخضع هذا الانتقال للقيد الذى وضعته المادة (١/٢٢٢) مدنى مصرى (١) ، ذلك ان المراد بالغير وفقا لتلك المادة هو كل شخص غير المضرور ، فيشمل ذلك الخلف العام (الورثة) أو أى شخص آخر ينتقل اليه الحق في التعويض ، وهذا ما أخذت به مذكرة المشروع التمهيدى للمادة (٢٣٨) التي تقابل المادة (٢٢٢) مدنى (٢) ،

---

(١) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٨٨ وما بعدها ، ومصادر الحق في الفقه الاسلامى ـ جـ ٦ ـ ص ١٢٣ ، د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٥ ، د . جميل الشرقاوى ـ مصادر الالتزام ـ فقرة ٩٥ ـ طبعة ١٩٧٥ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ ص ٤٤١ ، د . اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ٤٦ ، جـ ١ ـ ص ٢٢٤ ، ص ٤١٨ ، حيث يقرر : ان القيد الذى نصت عليه المادة (١/٢٢٢) والخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ينطبق على كل صور الضرر الأدبى ، د . أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١١١ ، د . سعيد عبدالسلام ـ السابق ـ ص ٢٥٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٠ وما بعدها .

ويلاحظ أن المادة (٢٣٨) من المشروع ومذكرتها التفسيرية كـــان وضعهما في الفصل المخصص للفعل غير المشروع ، وذلك قد يرجـــح اعتبار الورثة من الغير لعدم وجود عقد بين مورثهم المضرور ، والمسئول حتى يترتب عن الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه اصابة المـــورث بالضرر ، لكن هذا الوضع قد تغير بنقل حكم تلك المادة ، الـــى المادة (٣٠٠) مدنى ، والتي وردت ضمن الأحكام المبينة لتنظـــيم آثار الالتزام مطلقا سواء كان مصدره تعاقديا أم فعلا غير مشروع لذلك ، وبعد هذا النقل لم يعد ما تقرره المادة (٢٣٨) ومذكرتها من اعتبار الورثة من الغير متوائما مع ما هو مقرر من اعتبار الورثة خلفا عاما فـــي المسائل العقدية ، وعلى الأخص المضرور من الاخلال بالتزام تعاقدى. ورغم عدم المواءمة ، فان اتجاه الفقه يرى ان القيود الواردة في المادة (١/٢٢٢) مدنى تشمل التعويض عن الضرر الأدبي سواء فـــي المسئولية العقدية ،أو في المسئولية التقصيرية ، لأنها قد وردت في الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، وأحكام هذا الفصل تعالـج آثار الالتزام أيا كان مصدره ،ومنه الالتزام بالتعويض (١) ، وهذا أمـر لا يمكن التسليم به ، لأن الخلف سواء كان عاما أم خاصا ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فتسرى عليه آثار العقد ، وخاصة المسئوليـــة الناشئة عن الاخلال بالالتزامات المتولدة عنه (٢) ، كما أن الورثة لا يعتبرون من الغير ، حين يباشرون الدعوى الوراثية المستندة الـــى المسئولية التعاقدية ، ولئن كان موضع المادة (١/٢٢٢) مدنـى ، من التقنين قد جعلها تسرى على المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية ، فان أصله وهو المادة (٢٣٨) من المشروع التمهيدى ، كانت فـــي الموضع المخصص للمسئولية التقصيرية وكان ذلك هو السبب في اعتبار الورثة من الغير حيث لا يتصور وجود عقد بين مورثهم والمسئـــول عالتئذ ، أما وقد تقرر نقل هذا النص الى موضعه في التقنين بمـــا لا ينطبق على نوعى المسئولية ، فكان من المفروض على المشرع أن يعدل هذا النص بما يجعله متوائما مع المبادئ العامة للعقد والتى تقضى باعتبار الورثة خلفا عاما ، وليس من الغير ، لكن فيما يبدو أن المشـرع

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٧٦٧ ومابعدهـــا ، د. أحمد سلامه - السابق - ص ٢٨٣ ، د. اسماعيل غانـم - السابق - جـ ٢ - ص ٣٧ هامش (١، ٢).

(٢) السنهورى - السابق - ص٦٩٥، د. عبدالمنعم فرج الصده - السابق ص٢٧٨ .

قد فاته ذلك (١) .

٥١٧ — ولعل ما يؤيد ذلك : أن المادة ١٧٠ مدني ، والتي وردت في الفصل المخصص للعمل غير المشروع قد أحالت على المادتين : (٢٢١ ، ٢٢٢) مدني ، فيما يتعلق بمدى التعويض عن الضرر ، وقد كانت تلك الاحالة سببا لاعتراض أحد أعضاء مجلس الشيوخ ، لأنها تحيل الى المادة الخاصة بالمسئولية التعاقدية مع أن النص غامض ، وقد رد الدكتور السنهوري على ذلك بقوله : ان الاحالة في هذه الحالة لا يقصد بها الا أن تكون في خصائص النص المحال اليه ، فهذه الحالة مصدرها العقد ،أما فيما عدا العقد فانها لا تنطبق ،وهذا القول يفيد أن المشرع اضطر الى النص صراحة على هذه الاحالة ، حتى ينطبق على المسئولية التقصيرية ما ينطبق على المسئولية التعاقدية من أحكام ، واذا كان الورثة لا يعتبرون من الغير ،بالنسبة للمسئولية التعاقدية ، فليسر هذا الحكم على المسئولية التقصيرية فلا يعتبرون بالنسبة لانتقال آثارها من الغير أيضا (٢) ، والأقرب الى الصحة أن يقال : أن المشرع انما أراد بتلك الاحالة حكما واحدا من الحكمين اللذين قررتهما الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مدني ، وهو الحكم الذى يقرر أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضا ومن ثم يترجح بأن الاحالة لم تكن بسبب مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، وانما كانت بشأن تقدير التعويض عن الضرر، وهذا ما يفهم من المذكرة الايضاحية للفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، حيث تقول : " فيما يتعلق بالتقدير القضائي للتعويض ، فان المسئولية التعاقدية ،والمسئولية التقصيرية تخضعان لقواعد واحدة في كلتيهما هي : ما يلحق الدائن من خسارة وما يفوته من كسب من ناحية ، والضرر المادى والضرر الأدبي من ناحية أخرى ، ثم أشارت الى نص المادتين (١/٢٢١ ، ٢٢٢) مدني (٣) ، فاذا كانت تلك الاحالة مغياة بادخال الضرر

---

(١) في هذا المعنى : د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص١١٢

(٢) في هذا المعنى : المرجع السابق ـ ص ١١٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٥٣٣ ، ص ٥٦٤ .

الأدبي فقط ، في الاعتبار عند تقدير التعويض ، وان الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للمسائل العقدية ، فيجب وفقا لهذا النص ان يعتبروا كذلك في المسئولية التقصيرية ، فلا يعتبرون من الغير فيها (١) .

٥١٨ ـ لفظ الغير لا يسرى على الورثة :

واذا كان لفظ الغير لا ينطبق على الورثة اذا كان أساس الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو المسئولية العقدية ، فانهم كذلك لا يعتبرون من الغير في حالة المسئولية التقصيرية ، ذلك ان لفظ الغير ، اما أن يراد به : كل شخص آخر غير المضرور ، واما ان يقصد به معناه الوارد في المسائل العقدية الذى لا يشمل ورثة المتعاقد باعتبارهم خلفا عاما له (٢) ، واذا افترضنا ان المشرع كان يعنى ما يفعله عندما نقل الحكم الخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير من الفصل الخاص بالعمل غير المشروع الى الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، وافترضنا ان هذا الحكم يسرى على المسائل العقدية كما يسرى على المسائل التقصيرية تعين القول : ان الورثة لا يكونون من ضمن ما يشملهم لفظ الغير الوارد في المادة (٢٢٢/١) مدنى ، لأن الحكم الوارد فيها حكم عام يشمل نوعى المسئولية بشرط ألا ينطبق هذا الحكم على ورثة المضرور في المسئولية العقدية ، حيث أنه من المسلم به أنهم ليسوا من الغير فيها ، ولما كان النص لم يفرق بين نوعى المسئولية العقدية والتقصيرية في هذا المجال ، فانهم لا يعتبرون كذلك من الغير بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، ويكون المراد بالغير في النص : هو كل شخص آخر غير المضرور وخلفه العام ، فيشمل المحال له بالحق ودائنى المضرور (٣) .

---

(١) د . أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١١٤ .

(٢) د . أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٢٠٠ وما بعدها ، د . عبد المنعم فرج الصدة ـ السابق ـ ص ٣٧٤ ، وما بعدها ، د . عبد الحى حجازى ـ السابق ـ ص ٢٥٠ ، د . محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ ص ٢٦٨ ، والسنهورى ـ الوسيط ـ ج ١ ـ ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٣) د . احمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٥ .

٥١٩ _ ومما يدل على ذلك ان المشرع في المادة (١٩) من قانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٦٨ ، قد قرر انتقال الحق الأدبى للمؤلف على مصنفه الى الورثة بعد وفاته ، وبالتالى انتقال الحق في التعويض عنه ، دون أن يقيد انتقال هذا الحق في التعويض بتوافر واحد من القيود التى نصت عليها المادة (٢٢٢) مدنى (١) ، رغم ان الحق الأدبى للمؤلف يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وهذا يدل على منحى المشرع الثابت في عدم اعتبار الورثة من الغير ، ولئن قيل ان نص المادة (١٩) من قانون حماية المؤلف يعتبر استثناء من القاعدة التي تقيد نقل الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، فان هذا القول سيكون مردوداً بأنه ليس في طبيعة الضرر الأدبى الذى يصيب المؤلف ما يميزه عن غيره من صور الضرر الأدبى الأخرى (٢) .

٥٢٠ _ واذا كان الخلف العام للمضرور ليسو من الغير لأنهم يتلقون الحق في التعويض عن مورثهم ، فقد يعترض على ذلك بأن هناك أحوالا يعتبر الورثة فيها من الغير ، كما توجد حالات لا ينصرف فيها أثر العقد الى الورثة مع بقائهم خلفا ، ومثل هذا الاعتراض اذا صح سيكون من السهل رده بأن الورثة لا يكونون من الغير الا في حالات محددة ليس من ضمنها حالة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، وحالات عدم انصراف أثر العقد الى الورثة مع

---

(١) د . اسماعيل غانم _ السابق _ ص ٦٦ ومابعدها . واتجاه محكمة النقض يسير في نفس هذا الاتجاه ، راجع حكم ١٩٥٠/١٠/٣٠ ، المحاماه ٣٢-١٢٨٦-٣٥٤ ، وحكم ١٩٥٠/١١/٢٨ ، المحاماه ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٣٤ . وقد سبقت الاشارة اليهما . وراجع : فقرة ١١٢ وما بعدها من هذا البحث .

(٢) د . أحمد شرف الدين _ المرجع والمكان السابقان .

بقائهم خلفا لا ترد الا بالنسبة للمسئولية التعاقدية (١) ، من ذلك ما نصت عليه المادة (١٤٥) مدنى : من تنازل المضرور في العقد المبرم بينه وبين المسئول عن الحق في تعويض الضرر الأدبى المترتب على الاخلال بالتزامات هذا العقد ، وذلك في الأحوال التى يجوز فيها هذا التنازل ، ولا جدال في انه ليس للورثة في تلك الحالة المطالبة بهذا الحق (٢) .

أما الحالتان الثانية والثالثة ، والتي لا يتصور انتقال الحق فيهما الى الورثة ، فهما حالة ما اذا كانت طبيعة هذا الحق تمنع من انتقاله الى ورثة المضرور ، وحالة ما اذا كان هناك نص في القانون يقضى بألا ينتقل هذا الحق الى الورثة (٣) ، والحالة الثالثة يمكن أن تلحق بالحالة الثانية بحيث يكون الأساس الحقيقى لعدم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة هو اتصاله بشخص المضرور ، وهو مضمون القيد الوارد في المادة (١/٢٢٢) مدنى .

واذا كان هذا الحق شخصيا فهل مطالبة الورثة به تفقده طابع الشخصية ، أم ان مطالبة الورثة لا تفقده هذا الطابع طالما اعتبرناهم امتدادا لشخصه ؟ أخذ المشرع الفرنسى بالاتجاه الأخير ، والذى يقضى بأن شخصية الوارث تعبر امتدادا لشخصية المورث ، بحيث يحل الأول محل الثاني في ذمته المالية ، فيتحمل بالتزاماته ويتملك حقوقه ، ويستطيع لذلك ان يطالب بها حتى ما كان منها متصلا

---

(١) د . أحمد سلامة ـ السابق ـ ص ٢٨٦ ، وقارن : د . السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٥ ـ ص ١٣ ، حيث ذكر المادة ١/٢٢٢ مدنى كمثال على عدم انصراف أثر العقد الى الخلف العام .

(٢) د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٦ .

(٣) د . السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٥ ـ ص ١٢ وما بعدها .

بشخص المورث ما دام القانون لا يمنع من ذلك ، وهذا ما كان معمولا به في القانون الروماني (١) .

١ ٢ ٥ ـ موقف القانون المدني المصرى منتقد :

وقد انتقد موقف القانون المدني المصرى في تقريره انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بأنه قد جانبه الصواب فيما يتعلق بصياغة القيود التي ترد على انتقال هذا الحق الى الورثة ، حيث ادخل من غير قصد الورثة في مدلول الغير ، كما انه لم يحقق التناسق بين وجهتي القيد الذى استلزمه والذى يهدف به الى التأكد من عدم اتصال هذا الحق بشخص المضرور ، كما ان تحديده للمعيارين اللذين ينتفي بهما اتصال هذا الحق بشخص المضرور ، هو تحديد تحكمي ، حيث يمكن التوصل الى ذلك بوسائل شتى ، ولقد كان من الأوفق بالنسبة للمشرع أن يضع مبدأ عاما بمقتضاه ينفصل هذا الحق عن شخص المضرور بمجرد اتخاذه اجراء لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على نيته في المطالبة بهذا الحق ، كما أن المادة (١/٢٢٢) مدنى ، قد غلبت الجانب الشخصي لهذا الحق على الجانب المالى ، ولئن كان ذلك مقبولا في حياة المضرور ، فان هذا التغليب غير مقبول بعد وفاته اذا ما تقرر ان وفاته قبل اظهار ارادته في هذا الشأن لا تدل على تنازله عن هذا الحق ، واذا ما أردنا في نفس الوقت ألا يفلت المسئول من الجزاء لمجرد وفاة المضرور قبل المطالبة بحقه في التعويض (٢) .

---

(١) د . عاطف فخرى ـ الغير في القانون المدنى المصرى ـ رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٦ ـ ص ١٩٨ وما بعدها . وراجع : د . أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٧ .

(٢) راجع في تفنيد تلك الانتقادات : د . أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١١٩ وما بعدها ، د . سعيد عبدالسلام ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٦٥ ومابعدها .

(المطلب الثاني)

انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة في الفقه الاسلامي

ومنهج الفقه الاسلامي في انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يتلافى ذلك الخلط الذى شاب مسلك القانون الوضعي ، وقد رأينا ان انتقال الحق في الفقه الاسلامي يقوم على ركيزتين أساسيتين :

٥٢٢ — الركيزة الأولى : هي طبيعة الحق المنتقل الى الورثة :

ومن المعروف ان الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قد يكون سببه التعدى على حق الانسان في سلامة بدنه ، أو حياته ، أو التعدى على شرفه وعرضه واعتباره .

وهذه الأضرار ينتقل حق التعويض فيها الى الورثة بمجرد وفاة المضرور سواء طالب بها أم لم يطالب على الرأى الراجح في الفقه (١) ، والفقهاء وان كانوا قد اختلفوا في طبيعة تلقى الوارث للحق في التعويض عن الضرر الأدبي عن مورثه ، وما اذا كان يثبت هذا الحق للوارث ابتداء كما ذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء المذهب الحنبلي (٢) ، أو يثبت للمقتول أصلا ، ويقوم وارثه مقامه في استيفائه في القصاص والدية (٣) ، فانهم متفقون على انتقال هذا الحق من حيث المبدأ .

كما أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذى ينزل بالانسان حال حياته مثل التعدى على عواطفه أو على حق

---

(١) راجع : الفقرات - ١٧٤ وما بعدها من البحث .

(٢) راجع : فقره - ١١٧ من البحث .

(٣) راجع : فقره - ١١٨ من البحث .

ثابت له لا يثير صعوبة ، لأنه يثبت للمورث حال حياته وينتقل الى ورثته كمال استقر في ذمته قبل موته .

وطبيعة هذا الحق كما ذكر الفقهاء تحبذ انتقاله لأمرين :

٥٢٣ ـ أولهما : ان ورثة المضرور لا يمكن أن يكونوا بمنأى عن وصول هذا الضرر اليهم ، فالضرر الذى أصاب مورثهم يؤثر فيهم الى درجة قد تبعث في قلوبهم دوافع الانتقام ما لم تعالج آثار هذا التعدى ، فنطاق الألم في الضرر الواقع على نفس مورثهم لا يقف عند حدود شخصه ، ولكنه يتعداه الى أقاربه الذين تربطهم به صلة القربى والدم ، تلك الصلة التى تفرض المشاركة في السراء والمشاطرة في الضراء ، وقد عبر القرافى عن ذلك : بأن تعويض الضرر في تلك الحالة يدفع عن الوارث في نفسه بتخفيف ألمه ، وانتزاع الغضب من نفسه (١) .

وقد يكون معنى الضرر الذى ينزل بالوارث من جراء التعدى على مورثه في ضرر أدبى أوضح في حالة التعدى على سمعة المورث وشرفه واعتباره ، ان معنى الشرف والاعتبار لا يقف عند حدود المعتدى عليه ، ولكنه يمس أقاربه مسا مباشرا في شرفهم واعتبارهم بحكم الصلة التي تربطهم بمورثهم ، وكان انتقال الحق في التعويض اليهم مما يتعلق بهم مباشرة ، حيث يدفع عنهم ضررا في عرضهم ويخفف آلامهم (٢) .

٥٢٤ ـ ثانيهما : ان التعويض عن الضرر الأدبى لا يخلو من معنى التمول الذى يجعله حريا بالانتقال الى الورثة كحق مالى ، وذلك واضح في حال الاضرار الأدبية التي يستقر ثبوتها في ذمة

---

(١) الفروق للقرافى ـ جـ ٣ ـ ص ٢٨٦ ، وفي نفس المعنى : القواعد لابن رجب ـ ص ٣٤١ وما بعدها .

(٢) المرجعان السابقان ـ نفس المكان .

المضرور قبل وفاته ، أو تلك التي تثبت حال وفاته ولا يقدر معهـا المطالبة بحقه ، ومنهج الفقه الاسلامي واضح في تلك الحالة وضوحا يتلافى ذلك الخلط الذى يلمسه من يتابع معالجة القانون المدني لهذا الانتقال ، حيث يمارس الوارث حقه نيابة عن مورثه كما قرر الفقهاء ذلك ، ولئن كان حق الوارث في المطالبة بالحد عن القذف الذى أصاب مورثه ، حقا غير مالي ، الا أنه لن يكون بمنأى عن التأثيرات المالية في ذمة الورثة ، والتي قد تحدث خللا يستوجب رد اعتبارهم من خلال تلك المطالبة ، فالغالب أن يكون التعويض ذا طابع مالي يقبل الانتقال الى الورثة . واذا كان الحق المالي في حالة التعويض ينتقل بمجرد الطلب أمام القضاء قبل تحديده ، فمن باب أولى أن ينتقل بعد التحديد باتفاق أو تحكيم ، ومن ثم يمكن القول ان هذا الحكم يتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من التقنين المدني (١) ، مع ملاحظة انه في حالة التعويض المقدر بنص الشارع في حالة الدية والارش لا تجوز الزيادة عليه في التقدير ، الا بالاتفاق أو بالصلح عليه (٢) ، على أنه اذا كان المقدار الزائد قد تقرر بحكم قضائي لظروف تستوجب الزيادة من خلال ما هو مقرر في قواعد التعزير فلا مانع أن تنتقل تلك الزيادة الى الورثة لأنها قد تقررت بحكم القضاء .

٥٢٥ - الركيزة الثانية :تحديد أصحاب الحق في التعويض :

والركيزة الثانية التي يقوم عليها انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي تتمثل في تحديد المستحقين لهذا الانتقال ، وفقا لمعيار منضبط ومشروع ، وهو الاستحقاق في اطار الورثة ، وتحديد

---

(١) د . فوزى فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٥ .

(٢) راجع في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٥٢٣ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ٤ - ص ٢٤٠ ، والأحكام السلطانية للماوردى - ص ٢٢٢ .

الاستحقاق بحدود الورثة المستحقين شرعا لا يتوارم مع ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدني من أنه : لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، ذلك ان عقوبة القتل في التشريع الاسلامي لا تخلوا من القود اذا كان القتل عمدا أو الدية في حالة القتل غير العمد ، ففي حالة القتل العمد اذا طالب أولياء القتيل بالقود ، واقتص من المقتول لا يكون هناك مجال لهم شرعا في طلب تعويض زائد عن ذلك ، لأن حقهم منحصر في القود وقد استوفوه ، واذا عفوا عن القاتل وطلبوا التعويض المالي وهو الدية ، كان لهم ذلك ، والتعويض في تلك الحالة دية مقدرة في الشرع ولا تجوز الزيادة عليها أبدا الا بالاتفاق أو الصلح أو حكم القضاء كما سبق (١) .

كما أن الدية تثبت لورثة الميت بحسب ارثهم (٢) ، ويتلقونها عن مورثهم بحسب الرأى الراجح في الفقه ، لأنها تعتبر من أموال الميت المملوكة له وتكون صالحة لأن تسدد منها ديونه وتنفذ وصاياه وتقضى كل حوائجه وما يحتاجه من تجهيز وكفن ، ثم ما يتبقى بعد ذلك يبقى لورثته (٣) .

وقد نص الفقهاء على أن ولي الدم هو وارث المال ، من ذكر وأنثى بفرض أو تعصيب ، ونصوا أيضا على أن القصاص والدية تصير ميراثا لكل الورثة ، والأصل في ذلك ان القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى ، الذكر والأنثى في ذلك سواء نص عليه الكرخي في مختصره ، وكذلك الدية موروثة بينهم ، والدليل

---

(١) في هذا المعنى : د . فوزى فيض الله ـ السابق ـ ص ١٤٦ .
(٢) راجع : فقرة ـ ١٣٤ من البحث .
(٣) راجع : فقرة ـ ١٣٨ من البحث . وحاشية الشرقاوى على التحرير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٧٤ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٦ ـ ص ٧٥٩ ، وشرح الحطاب ـ جـ ٦ ـ ص ٢٥٥ ، ونهاية المحتاج ـ وحاشية الشراملسي عليه ـ جـ ٦ ـ ص ٣ .

على أن الدية موروثة للورثة ، انها مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه كسائر أمواله (١) .

ومن ثم يبدو أن في التحديد الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدنى مخالفة لما تقضى به أحكام الشريعة .

٥٢٦ — واذا كان هذا التحديد فيما يبدو مخالفا لأحكام الشريعة ، فان ما يماثله في المخالفة ، ذلك الاطلاق الذى قضت به التقنينات : العراقية والاردنية واللبنانية ، حيث لم يقتصر الحق في التعويض من الضرر الأدبى على الورثة ، وانما يجوز أن يقضى بالتعويض للازواج والأقربين عما يصيبهم من ضرر، وكلمة الأقربين هذه مطلقة ، تشمل القرابة البعيدة ، والقرابة القريبة ، فجعل تقدير القرابة متروك للمحكمة تقدرها من واقع ظروف كل حالة (٢) ،ووقد جاء نص قانون الموجبات والعقود اللبناني واضحا في ذلك المعنى ، حين أجاز للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار الى شأن المجنه اذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم (المادة ١٣٤ / ٣) موجبات وعقود ، والنظر بعين الاعتبار الى شأن المحبة من شأنه أن يجعل تقدير المستحقين غير منضبط لأنهم سيتفاوتون بتفاوت مقدار المحبة ،أو على الأصح بتفاوت المظاهر التي سيبديها كل منهم عن محبته ، لأن أمر المحبة لا يعلمه الا الله تعالى ، لأنها من أعمال القلوب ، وهذا المعيار بالطبع قد يدخل من المحبين في استحقاق التعويض من غير الورثة .

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق للزيلعى — ج ٦ — ص ١١٤ .

(٢) د . عبدالمجيد الحكيم — مصادر الالتزام — السابق — ص ٥٣٦ .

ان معيار الحب معيار غير منضبط ، والأكثر انضباطـــــا أن يناط بمعيار يمكن ضبط وجوده من خلاله ، ولا شك ان الورثة يغلب فيهم حب مورثهم ، ذلك ما يغلب على الظن بشأنهـــم ، وغلبة الظن تقوم مقام اليقين ، والمعيار الذى يشملهم واضح وسهـــل التطبيق ، ومن ثم يبدو موقف التشريع الاسلامى الوســط بـــين الافراط والتفريط ، فالحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله ، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

د . عبد اللـه مبروك النجار

أهم مراجع الكتاب

القسم الأول : مراجع في الشريعة الاسلامية .

القسم الثاني : مراجع في فقه القانون .

تنبيه : يقوم ترتيب المراجع في كل قسم على أساس لقب المؤلف أو ما اشتهر به بعد حذف الألف واللام أو الكنية ، ووضعه في مكانه حسب الترتيب الأبجدى للحرف الأول من اسمه كالتالى : أبجد هوز حطى كلمن سعفص قرشت ثخذ ضظغ .

القسم الأول : مراجع في الشريعة الاسلامية

أولا : القرآن الكريم .

ثانيا : مراجع في التفسير والحديث :

١ ـ الألبانى : محمد ناصر الدين ـ ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ـ اشراف محمد زهير الشاويش ـ المكتب الاسلامى ، الطبعة الأولى .

٢ ـ آبادى : أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم ـ عون المعبود شرح سنن أبي داود ـ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٣ ـ البخارى : أبو عبد الله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ـ صحيح البخارى ـ المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٨٠ هـ .

٤ ـ البيهقي : الامام الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن على المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ـ السنن الكبرى ـ طبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد سنة ١٣٥٢ هـ .

٥ ـ البغوى : ركن الدين أبو الحسين بن مسعود المعروف بابن الفراء المتوفى سنة ٥١٦ هـ ـ شرح السنة ـ تحقيق الاستاذ ين السيد صقر ـ د . محمد الأحمدى أبو النور ـ طبع لجنة احياء التراث الاسلامي بمجمع البحوث الاسلامية ـ مطبعة دار الكتب سنة ١٩٧٦م .

٦ ـ الدار قطنى : الحافظ على بن عمر ـ سنن الدار قطنى ـ شركة الطباعة المتحدة بالقاهرة ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م ، ودار المحاسن للطباعة .

٧ ـ أبو داود : الامام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥م ـ سنن أبي داود ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ هـ ـ مصطفى البابي الحلبي .

٨ ـ الهيثمي : الامام الحافظ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن على بن حجر المتوفى سنة ٩٧٣ هـ ـ فتح المبين بشرح الاربعين ـ دار احياء الكتب العربية ١٣٥٢ هـ .

٩ ـ الزيلعى : جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد ابن أيوب بن موسى الحنفى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية ـ مطبعة دار المأمون بشبرا سنة ١٣٥٧ هـ ، والمكتبة الاسلامية ببيروت سنة ١٣٩٣ هـ .

١٠ ـ ابن حسام الدين : علاء الدين على المتقى ـ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ـ مؤسسة الرسالة ببيروت ـ الطبعة الخامسة ـ سنة ١٩٨٥م .

١١ - ابن ماجه : الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٣ هـ - سنن ابن ماجه - مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٧٢ هـ .

١٢ - مسلم : الامام مسلم بن الحجاج بن القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١ هـ - صحيح مسلم - دار احياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٧٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووى - المطبعة المصرية ومكتبتها .

١٣ - المناوى : محمد بن عبد الرؤوف المتوفى سنة ١٠٣٣ هـ - فيض القدير - شرح الجامع الصغير - الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت .

١٤ - السيوطى : الامام جلال الدين بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٩١١ هـ - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مطبوع بهامش الموطأ - مطبعة الحلبى سنة ١٣٧٠ هـ .

١٥ - عبد الرزاق : أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١ هـ - مصنف عبد الرزاق - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠م بيروت ، مطبوعات المجلس العلمى .

١٦ - العسقلاني : الامام أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - فتح البارى شرح صحيح البخارى - الطبعة الثانية - دار احياء التراث العربي ببيروت سنة ١٤٠٢ هـ ، والمطبعة السلفية سنة ١٣٨٠ هـ .

١٧ - الصفدى : العلامة المحقق محمدبن يحي بهران المتوفى سنة ٩٥٧ هـ - كتاب جواهر الاخبار - والاثار المستخرجة من لجة البحر الزخار - طبع مؤسسة الرسالة ببيروت سنة ١٩٧٥م.

١٨ - الصنعانى : الامام محمد بن اسماعيل الكحلانى المعروف بابن الأمير المتوفى سنة ١١٨٢ هـ - سبل السلام بشرح بلوغ المرام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ومطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

١٩ - القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري المتوفى سنة ٦٧١ هـ - الجامع لأحكام القرآن - طبعة دار احياء التراث العربي ببيروت .

٢٠ - رضا : الشيخ رشيد - تفسير المنار - طبعة دار المعرفة ببيروت .

٢١ - الشوكاني : الامام المجتهد قاضي القضاة محمد بن على المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار - الطبعة الأخيرة مصطفى البابي الحلبي ، وفتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ببيروت .

ثالثا : مراجع في أصول الفقه وقواعده الكلية :

٢٢ - ابن أمير الحاج : العلامة المحقق المتوفى سنة ٨٧٩هـ - التقرير والتحبير - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣١٦ هـ .

٢٣ - البخاري : علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد - كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام - طبعة استانبول - شركة صحافة عثمانية ١٣٠٨ هـ .

٢٤ - الدهلوي : شاه ولي الدين أحمد بن عبدالرحيم - حجة الله البالغة - القاهرة - دار الجيل للطباعة .

٢٥ - الزركشي : بدر الدين أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن بهادر المتوفى سنة ٧٩٤ هـ - القواعد في الفروع - مخطوط بمكتبة الأزهر الشريف - مسلسل ٢٤٧ - رقم ١٩٥٣ مغاربة .

٢٦ - الحموي : السيد أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ - غمز عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية ببيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م .

٢٧ - ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ - الأشباه والنظائر - الطبعة الأولى - دار الفكر بدمشق ١٩٨٣م ، ومؤسسة الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٦٨م ، تحقيق الاستاذ عبدالعزيز محمد الوكيل .

٢٨ - السيوطي : جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر المتوفى سنة ٩١١ هـ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ - ومطبعة دار احياء الكتب العربية .

٢٩ - ابن عبد السلام : الامام عز الدين أبو محمد بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المتوفى سنة ٦٦٠هـ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - دار الجيل ببيروت سنة ١٩٨٠م .

٣٠ - الشاطبي : الامام أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ - الموافقات في أصول الأحكام - تحقيق الشيخ عبدالله دراز ، دار الفكر العربي .

٣١ - التفتازاني : سعد الدين سعود بن عمر الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢ هـ - التلويح على التوضيح لمتن التنقيح - طبعة محمد على صبيح وأولاده .

رابعا : مراجع في الفقه الاسلامي :

أ - المذهب الحنفي :

٣٢ - الاسروشني : الامام مجد الدين أبي الفتح الحنفي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ - الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب - مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع - مكتبة بخيت بالأزهر - رقم ٤٦١٠٣

٣٣ - البابرتي : الامام أكمل الدين محمد بن محمود المتوفى سنة ٧٨٦ هـ - شرح العناية بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام - المكتبة التجارية .

٣٤ - البغدادى	:	العلامة محمد بن غانم بن محمد المتوفى سنة ١٠٣٠ هـ - مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان - الطبعة الأولى - المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .
٣٥ - داماد أفندى	:	عبدالرحمن بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - مطبعة دار الطباعة العامرة سنة ١٣٢٨ هـ .
٣٦ - الدمشقي	:	الشيخ محمود حمزه الحسيني الحنفي المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ - الفرائد البهية في القواعد الفقهية - مطبعة حبيب أفندى خالد - دمشق ١٢٩٨ هـ .
٣٧ - ابن الهمام	:	كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـ - شرح فتح القدير - على الهداية - طبعتى الحلبى وبولاق .
٣٨ - الزيلعى	:	فخر الدين عثمان بن على المتوفى سنة ٧٤٣ هـ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣١٤ هـ .
٣٩ - الطرابلسي	:	الامام علاء الدين أبو الحسن على بن خليل المتوفى سنة ٨٤٤ هـ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام - الطبعة الثانية مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٣ هـ .
٤٠ - أبو يوسف	:	الامام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب المتوفى سنة ١٨٢ هـ - الخراج - الطبعة الأولى .

٤١ ـ الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ الطبعة الثانية ـ دار الكتاب العربي ببيروت سنة ١٩٨٢م .

٤٢ ـ الميرغناني : شيخ الاسلام أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ـ الهداية شرح بداية المبتدى ـ مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام ـ الطبعة المشار اليه فيه .

٤٣ ـ منلاخسرو : محمد بن فراموز بن علي المتوفى سنة ٨٨٥هـ ـ مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول ـ المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠٩هـ .

٤٤ ـ ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠هـ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت لبنان ، ومصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ومجموعة رسائل ابن نجيم ملحقه بحاشية الحموى على الأشباه .

٤٥ ـ السرخسي : شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل ـ المبسوط ـ الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة سنة ١٣٢٤هـ .

٤٦ ـ السندى : محمد بن عابدين الأنصارى الخزرجي ثم اليمنى المتوفى سنة ١٢٥٧هـ ـ شرح على الدر المختار ـ مخطوط رقم ٩٨٧ ـ مكتبة الرافعي بالأزهر .

٤٧ ـ ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ـ رد المحتار على الدر المختار ـ شرح تنوير الأبصار ـ مطبعة دار سعادة سنة ١٣٢٤ هـ ـ ومصطفى البابي الحلبي .

٤٨ - ابن قاضي سماوة : الامام المحقق الشيخ محمود بن اسماعيل المتوفى سنة ٨٢٣ هـ - جامع الفصولين ، ومعه الحاشية المسماة باللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية - الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

٤٩ - الشلبي : الامام العلامة شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ١٠٠٠ هـ - الفوائد الرقائق في تبيين الحقائق حاشية على تبيين الحقائق للزيلعى ، ومطبوع معها - الطبعة المشار اليها .

ب - المذهب المالكي :

٥٠ - الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ابن وارث الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ - المنتقى شرح الموطأ - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣ هـ .

٥١ - ابن جزى : محمد بن أحمد بن محمد الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ - القوانين الفقهية - دار الفكر ببيروت .

٥٢ - الدسوقي : العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ - مطبعة السعادة - ومطبعة دار احياء الكتب العربية - بدون تاريخ ، ومطبعة التقدم العلمية .

٥٣ ـ الدردير : أبو البركات سيدى أحمد المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ـ الشرح الكبير على متن خليل ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هـ .
والشرح الصغير ، مطبوع مع بلغة السالك للصاوى ـ طبعة عيسى الحلبي بمصر .

٥٤ ـ الحطاب : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٩٥٤ هـ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ـ الطبعة الثانية ـ دار الفكر للطباعة سنة ١٩٧٨م ومطابع دار الكتاب اللبنانى .
وتحرير الكلام في مسائل الالتزام مع فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك للشيخ عليش ـ طبعة الحلبي .

٥٥ ـ ابن فرحون : القاضي برهان الدين ابراهيم بن على بن أبي القاسم بن محمد المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية والاحكام ، مطبوع بهامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ـ مطبعة البابي الحلبى سنة ١٩٥٨م .

٥٦ ـ الصاوى : أحمد بن محمد المالكى المتوفى سنة ١٢٤١ هـ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ـ طبعة عيسى الحلبى بالقاهرة .

٥٧ ـ القرافي : الامام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس ابن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ـ الفروق ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ .

٥٨ - ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، المتوفى سنة ٥٩٥ هـ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الكتب الحديثة ، ودار المعرفة ببيروت .

٥٩ - التسولي : أبو الحسن علي بن عبد السلام - البهجة شرح التحفة - طبعة ١٣٧١ هـ - المكتبة التجارية الكبرى والطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٦٠ - الخرشي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله المتوفى سنة ١١٠١ هـ - شرح الخرشي على مختصر خليل - المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

جـ - المذهب الشافعي :

٦١ - الأنصاري : أبو يحيى زكريا بن محمد المتوفى سنة ٩٢٦ هـ - أسنى المطالب شرح روض الطالب - المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ .
وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه - المطبعة الأميرية ببولاق .

٦٢ - الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م .

٦٣ - النووي : الامام العلامة أبو زكريا محيي الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - المجموع شرح المهذب للشيرازي ، مطبعة التضامن الأخوي بالقاهرة ، مصر .

٦٤ ـ السمعانى : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار المتوفى سنة ٤٨٩ هـ ـ الاصطلام ـ مخطوط بمعهد المخطوطات ـ التابع لجامعة الدول العربية ـ أصول فقه شافعي .

٦٥ ـ عميرة : الشيخ شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ٩٥٧ هـ ـ حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية .

٦٦ ـ قليوبي : الامام المحقق شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلام المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ ـ حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج ـ دار احياء الكتب العربية .

٦٧ ـ الرملى : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٥٨ هـ ، وطبعة ١٣٨٦ هـ .

٦٨ ـ الرملى الكبير : أبو العباس أحمد بن حسين بن حسين الأنصارى المتوفى سنة ٨٤٤ هـ ـ حاشية على أسنى المطالب ـ المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ .

٦٩ ـ الرافعي : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد ـ فتح العزيز شرح الوجيز ـ مطبوع مع المجموع للنووى ـ مطبعة التضامن الأخوى .

٧٠ ـ الشافعي : الامام أبو عبد الله محمد بن أدريس المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ـ الأم ـ رواية الربيع بن سليمان المرادى عنه ـ الطبعة الأولى ـ المطبعة الكبرى بمصر سنة ١٣٢١ هـ .

٧١ - الشيرازى : أبواسحاق ابراهيم بن على بن يوسف المتوفى سنة ٤٧٦ هـ - المهذب - مطبعة الحلبي - القاهرة ١٣٤٣هـ .

٧٢- الشبراملسي : العلامة أبو الضياء نور الدين على بن على المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ - حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج - طبعة مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٨٦هـ .

٧٣ - الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى المتوفى سنة ٩٧٧هـ - مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج - مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٧٧هـ .

٧٤ - الغزالي : أبو حامد محمدبن محمد بن محمد - المتوفى سنة ٥٠٥ هـ - احياء علوم الدين - دارالمعرفة بيروت - بدون تاريخ .

د - المذهب الحنبلى :

٧٥ - البهوتي : الشيخ العلامة منصور بن يونس فقيه الحنابلة في وقته ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ - شرح منتهى الارادات ، المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى - مطبعة أنصار السنة المحمدية ، والمطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .
وكشاف القناع على متن الاقناع - الطبعة الأولى بمصر - المطبعة العامرة .

٧٦ ـ النجدى : الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلى المتوفى سنة ١٣٩٢هـ-حاشية على الروض المربع شرح زاد المستقنع ـ الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ .

٧٧ ـ ابن قدامة : الامام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ابن محمد المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ـ المغنى على مختصر الخرقي ـ مطبوع مع الشرح الكبير ، مطبعة المنار بمصر ، ومطبعة الفجالة بالقاهرة ، ومكتبة الرياض الحديثة .
والكافي ـ طبعة المكتب الاسلامي لجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

٧٨ ـ ابن القيم : الامام شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١ هـ ـ تحفة المودود بأحكام المولود ـ المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ، واعلام الموقعين عن رب العالمين ـ دار الجيل سنة ١٩٧٣م ، ودار الفكر ببيروت ، والطرق الحكمية ـ دار الكتب العلمية .

٧٩ ـ ابن رجب : الحافظ أبو الفرج زين العابدين عبدالرحمن بن أحمد البغدادى ـ القواعد في الفقه الاسلامي ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م ـ مكتبة الكليات الأزهرية .

٨٠ ـ ابن تيمية : شيخ الاسلام أبو العباس تقى الدين أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبي القاسم الخضر النميرى الحراني الدمشقي المعروف بابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ ـ الاختيارات الفقهية ـ مطبعة السنة المحمدية ـ مكتبة الرياض الحديثة ، والفتاوى الكبرى ـ مطبعة العاصمة بالقاهرة سنة ١٩٦٠م ـ دار المعرفة ببيروت ، والحسبة ـ المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

٨١ - ابن ضويان : العلامة ابراهيم بن محمد بن سالم المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ - منار السبيل في شرح الدليل - الطبعة الأولى - بالمطبعة الهاشمية بدمشق ، والطبعة الأخيرة - للمكتب الاسلامي .

هـ - المذهب الظاهري :

٨٢ - ابن حزم الظاهري : الامام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦ هـ - المحلى - تحقيق أحمد محمد شاكر - دار التراث بالقاهرة ، بدون تاريخ ، وطبعة دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر سنة ١٩٦٩م .

و - المذهب الزيدي :

٨٣ - ابن المرتضى : الامام المجتهد أحمد بن يحي المتوفى سنة ٨٤٠ هـ - كتاب البحر الزخار - الجامع لمذاهب علماء الأمصار - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥م - مؤسسة الرسالة ببيروت .

٨٤ - ابن مفتاح : العلامة أبو الحسن عبدالله بن أبي القاسم المتوفى سنة ٨٧٧هـ - شرح الأزهار المسمى بالمنتزع المختار من الغيث المدرار - مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .

٨٥ - السياغي : العلامة شرف الدين الحسين بن أحمد المتوفى سنة ١٢٢١ هـ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

خامسا : المؤلفات الفقهية الحديثة :

٨٦ ـ ابراهيم : الشيخ أحمد ـ الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الاسلامي ـ دار الأنصار .

٨٧ ـ الأتاسي : الاستاذ المحقق محمد طاهر محمد خالد ـ شرح المجلة ـ الطبعة الأولى ، مطبعة حمص سنة ١٩٣٠م .

٨٨ ـ بدران : الدكتور بدران أبو العينين ـ الزواج والطلاق في الاسلام ـ مؤسسة شباب الجامعة .

٨٩ ـ باز : الاستاذ سليم بن رستم اللبناني ـ شرح مجلة الأحكام العدلية ـ الطبعة الثالثة .

٩٠ ـ الدريني : الدكتور فتحي وثلة من العلماء ـ حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن ـ الطبعة الثانية مؤسسة الرسالة ، ببيروت .
ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ـ مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٨م .

٩١ ـ أبو زهرة : فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي ـ القسم الثاني ـ طبعة ١٩٦٦م ، والأحوال الشخصية ـ دارالفكر العربي بدون تاريخ .

٩٢ ـ الزحيلي : د . وهبه ـ نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ـ الطبعة الأولى ـ دار الفكر بدمشق ١٩٧٠م .
والفقه الاسلامي وأدلته ـ دار الفكر .

٩٣ ـ الزرقا : الدكتور مصطفى أحمد ـ المدخل الفقهي العام ـ مطبعة طربين بدمشق سنة ١٣٨٤ هـ .
والفعل الضار ـ دار القلم بدمشق ، دارة العلوم ببيروت .

٩٤ ـ الحسيني : الدكتور محمد مصطفى شحاته ـ الأحوال الشخصية ـ طبعة ١٩٨٣م .

٩٥ ـ حنفي : الدكتور محمد الحسيني ـ المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ـ الطبعة الثالثة ـ دار الاتحاد العربي ـ طبعة ١٩٧٤م .

٩٦ ـ الطنطاوي : الدكتور محمود ـ الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ـ الطبعة الثانية ـ دار النهضة العربية .

٩٧ ـ موسى : الدكتور محمد يوسف ـ الفقه الاسلامي ـ الطبعة الثالثة ـ دار احياء الكتاب العربي سنة ١٩٥٨م .
وأحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي ـ مؤسسة الخانجي سنة ١٩٥٨م .

٩٨ ـ المراغي : الشيخ محمد مصطفى ـ بحوث في التشريع الاسلامي ـ مطبوعة سنة ١٩٢٧م ـ ١٣٤٦هـ .

٩٩ ـ الموسوعة : موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي ـ المجلس الأعلى للشئون الاسلامية .

١٠٠ ـ النجار : دكتور عبد الله مبروك ـ الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون ـ طبعة ١٩٩٠م .

١٠١- عبدالحميد : الاستاذ الشيخ محمد محي الدين- الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦م - مكتبة صبيح .

١٠٢- عثمان : الدكتور محمد رأفت - الحقوق والواجبات في الاسلام - الطبعة الأولى - دار الكتاب العربي .

١٠٣- عودة : الاستاذ عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - دار التراث العربي ، القاهرة ١٩٧٧م.

١٠٤- عيسوى : الشيخ عيسوى أحمد - المدخل للفقه الاسلامي - دار الاتحاد العربي للطباعة .

١٠٥- أبو الفتح : الشيخ أحمد - المعاملات في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثانية ١٩٢٣ م - مطبعة النهضة .

١٠٦- فيض الله : الدكتور محمد فوزى - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام - مكتبة دار التراث بالكويت - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م.

١٠٧- قدرى : المرحوم محمد باشا - مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان - الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩م - المطبعة الأميرية بمصر .

١٠٨- قلعه جي : الدكتور محمد رواس - موسوعة فقه علي بن أبي طالب - دار الفكر بدمشق سنة ١٩٨٥م .

١٠٩ـ الرحيلى : الدكتور رويعى ـ فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين ـ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى ـ مكة المكرمة ـ طبع دار الغرب الاسلامي ببيروت سنة ١٤٠٣هـ .

١١٠ـ شلتوت : الاستاذ الشيخ محمود شيخ الأزهر الأسبق ـ المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية ـ مطبعة الأزهر .

١١١ـ شعبان : الاستاذ الشيخ زكى الدين ـ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ـ منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣م .

١١٢ـ الخفيف : الاستاذ الشيخ على ـ الضمان في الفقه الاسلامي ـ معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١م ـ والجزء الثاني ـ الكفالة والديات ـ طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م .

١١٣ـ خلاف : الاستاذ الشيخ عبدالوهاب ـ الأحوال الشخصية ـ طبعة ١٩٣٨م .

١١٤ـ الخياط : الدكتور عبدالعزيز ـ نظرية العرف ـ مكتبة الأقصى بعمان .

سادسا : المجلات الفقهية والدوريات :

١١٥ـ الزحيلى : الدكتور وهبة ـ التعويض عن الضرر ـ بحث منشور بمجلة البحث العلمى والتراث الاسلامي ـ كلية الشريعة جامعة الملك عبدالعزيز ـ العدد الأول سنة ١٣٩٩هـ والعدد الثالث .

١١٦- مرقس : د. سليمان - تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨م - العدد الأول .

١١٧- أبو سنه : الشيخ أحمد فهمى - نظرية الحق - منشور ضمن كتاب الفقه الاسلامى أساس التشريع - لجنة تجلية مبادئ الشريعة الاسلامية بالمجلس الأعلى للشئون الاسلامية .

١١٨- الخفيف : الشيخ على - العدوان - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة العشرون ١٩٥٠ - العددان ٣، ٤ .
وتأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته - مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - العدد الخامس .

سابعا : مراجع في اللغة :

١١٩- ابن منظور : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصرى المتوفى سنة ٧١١ هـ . لسان العرب - دار المعارف .

١٢٠- مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط - طبعة ١٩٦٠م .

١٢١- الفيروزابادى : محيي الدين محمد بن يعقوب الشيرازى المتوفى سنة ٨١٧ هـ - القاموس المحيط - مطبعة صبيح الطبعة الأخيرة .

١٢٢ـ الرازى : الشيخ الامام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر ـ مختار الصحاح ـ ترتيب محمود خاطر بك ـ تحقيق لجنة من علماء العربية ـ دار الفكر ١٩٧٣م .

ثامنا ـ الرسائل العلمية :

١٢٣ـ أبوالليل : الدكتور محمد ابراهيم الدسوقي ـ المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق ـ دار النهضة العربية .

١٢٤ـ دسوقي : دكتور محمد ابراهيم ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٣م ـ نشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ـ بدون تاريخ .

١٢٥ـ الدريني : الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده ـ رسالة دكتوراه ـ من جامعة الأزهر ـ طبع جامعة دمشق سنة ١٩٦٧م .

١٢٦ـ اليعقوب : الدكتور بدر جاسم محمد ـ المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي ـ القاهرة ١٩٧٧م .

١٢٧ـ سراج : الدكتور محمد أحمد ـ ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ـ دكتوراه من كلية دار العلوم ـ جامعة القاهرة ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٩٠م .

١٢٨ـ السيد : دكتور مقدم ـ التعويض عن الضرر المعنوى في المسئولية المدنية ـ دراسة مقارنة ـ دار الحداثة ببيروت ـ الطبعة الاولى ـ سنة ١٩٨٥م .

١٢٩- السعيد : الدكتور السعيد مصطفى ـ مدى استعمال حقوق الزوجية ـ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦م .

١٣٠- أبو سنه : الشيخ أحمد فهمى ـ رسالة العرف والعادة في رأى الفقهاء ـ مطبعة جامعة الأزهر سنة ١٩٤٨م .

١٣١- سليمان : الدكتور محمد أحمد ـ ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ـ رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر ـ مطبوعة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م .

١٣٢- عامر : الدكتور عبد العزيز ـ التعزير في الشريعة الاسلامية ـ الطبعة الخامسة ١٩٧٦م .

١٣٣- العكام : الدكتور محمد فاروق بدوى ـ الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧٧م .

١٣٤- عبد السلام : الدكتور سعيد ـ التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعى والفقه الاسلامي والدول العربية ـ مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية سنة ١٩٩٠م .

١٣٥- العبادى : الدكتور عبد السلام داود ـ الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها ـ دراسة مقارنة بالنظم الوضعية ـ رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر ـ الطبعة الأولى ١٩٧٤م ، مكتبة الأقصى بعمان بالأردن .

١٣٦- فيض الله : الدكتور محمد فوزى - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر عام ١٩٦٢م - على الآلة الضاربة .

١٣٧- فخرى : الدكتور عاطف - الغير في القانون المدني المصرى - دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٦م .

١٣٨- رفاعى : الدكتور محمد نصر - الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر - دار النهضة العربية بالقاهرة - سنة ١٩٧٨م .

١٣٩- شنب : الدكتور محمد لبيب - المسئولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى - رسالة دكتوراه مطبوعة - مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٥٧م .

١٤٠- الشامى : دكتور محمد حسين علي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - عين شمس - دكتوراه - مطبوعة ١٩٩٠م - دار النهضة العربية .

١٤١- شحاته : الدكتور شفيق - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى - مطبعة الاعتماد بمصر .

القسم الثاني : مراجع في فقه القانون.

أولا : المراجع العربية :

أ ـ الكتب والأبحاث :

١٤٢ـ الاهوانى : الدكتور حسام الدين كامل ـ الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية ـ دراسة مقارنة ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨م .

١٤٣ـ بدر : الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوى ـ شرح القانون الرومانى ـ طبعة سنة ١٩٥٤م .

١٤٤ـ بدوي : الاستاذ حلمى بهجت ـ أصول الالتزامات ـ الكتاب الأول ـ مطبعة نورى بالقاهرة سنة ١٩٤٣م .

١٤٥ـ جمعة : الدكتور نعمان محمد خليل ـ دروس في الواقعة القانونية ـ طبعة ١٩٧٢ ـ دار النهضة العربية .

١٤٦ـ جمعة : الاستاذ عبد المعين لطفى ـ موسوعة القضاء في المسئولية المدنية ـ التقصيرية والعقدية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧م .

١٤٧ـ زناتي : الدكتور محمود سلام ـ نظم القانون الروماني ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٦٦م .

١٤٨- زكي : الدكتور محمود جمال الدين ـ الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ـ الجزء الأول في مصادر الالتزام ـ القاهرة ١٩٦٨م.

١٤٩- حجازي : الدكتور عبدالحي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الثاني مصادر الالتزام ـ مكتبة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٤م ، ونظرية الحق في القانون المدني ـ مكتبة سيد عبدالله وهبة .

١٥٠- حسني : الدكتور محمود نجيب شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨م .

١٥١- الحكيم : الدكتور عبدالمجيد ـ مصادر الالتزام ـ بغداد سنة ١٩٦٩م.

١٥٢- أبو طالب : الدكتور صوفي ـ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ـ دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٥م .

١٥٣- يحيى : الدكتور عبدالودود ـ الموجز في نظرية الالتزام ـ بدون تاريخ .

١٥٤- ياقوت : الدكتور محمد ناجي ـ فكرة الحق في السمعة ـ منشأة المعارف بالاسكندرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.

١٥٥- كيره : الدكتور حسن ـ أصول القانون ـ طبعة ١٩٥٩م.

١٥٦- مرسى : الدكتور محمد كامل ـ الالتزام ـ الجزء الثاني ـ الطبعة الثانية ـ القاهرة ١٩٥٥م ، المطبعة العالمية .

١٥٧- مرقس : د . سليمان ـ المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية ـ القسم الأول ـ ١٩٧١ ، والوافى في شرح القانون المدنى ـ الجزء الثانى ـ المجلد الأول ـ الفعل الضار ـ طبعة ١٩٨٨ م ، وبحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدنى جمع وتنسيق هدى النمير ـ مطبعة السلام .

١٥٨- مصطفى : الدكتور عمر ممدوح ـ القانون الروماني ـ الطبعة السادسة ـ دار المعارف بالقاهرة ، سنة ١٩٦٦م .

١٥٩- محمصانى : الدكتور صبحى ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، طبعة ١٩٤٨ ، والطبعة الثالثة دار العلم للملايين ، بيروت سنة ١٩٨٣م .

١٦٠- مرعى : الاستاذ مصطفى ـ المسئولية المدنية في القانون المصرى ـ الطبعة الأولى ، مطبعة نورى ـ ١٩٣٦م ـ ١٣٥٥هـ .

١٦١- مصطفى : الاستاذ الدكتور محمود ـ شرح قانون الاجراءات الجنائية ـ طبعة ١٩٥٥م ، والطبعة الخامسة ١٩٨٢م ـ دار النهضة العربية .

١٦٢ـ السنهوري : الاستاذ الدكتور عبدالرزاق ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ دار احياء التراث العربي بيروت لبنان .
والموجز في النظرية العامة للالتزام ـ طبعة لجنة التأليف والترجمة ومصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ دار احياء التراث العربي بلبنان .

١٦٣ـ سلامة : الدكتور أحمد ـ مذكرات في نظرية الالتزام ـ الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ـ طبعة ١٩٧٥م والمدخل لدراسة القانون ـ الكتاب الثاني ـ طبعة ١٩٧٤م.

١٦٤ـ سرور : الدكتور محمد شكري ـ النظرية العامة للحق ـ طبعة ١٩٧٩م.

١٦ـ أبوستيت : الدكتور أحمد حشمت ـ نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الطبعة الثانية ـ مطبعة مصر ١٩٥٤م.

١٦ـ سلطان : دكتور أنور ـ مصادر الالتزام ـ الموجز في النظرية العامة للالتزام ـ دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ـ دار النهضة العربية ١٩٨٣م ـ وطبعة ١٩٦٢م.

١٦ـ عبدالرحمن : الدكتور حمدي ـ فكرة الحق ـ دار الفكر العربي ١٩٨٩م.

١٦ـ عكوش : الاستاذ حسين ـ المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة .

١٦٩- عامر : الاستاذ حسين ـ المسئولية المدنية التقصيرية ، والعقدية ـ مطبعة مصر ، وطبعة ١٩٧٩ م ، دار المعارف مع الاستاذ عبدالرحيم عامر .

١٧٠- فرج : الدكتور توفيق حسن ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ في مصادر الالتزام ـ طبعة ١٩٧٨ م ، والمدخل للعلوم القانونية ـ طبعة ١٩٧٦م.

١٧١- فرج : الدكتور عبدالرازق حسن ـ النظرية العامة للالتزام ـ المصادر غير الارادية ـ طبعة جامعة الملك سعود .

١٧٢- فهمي : الدكتور عبدالعزيز باشا ـ قواعد وأثار فقهية رومانية ـ نقلها الى العربية ـ مطبعة جامعة فؤاد الأول سنة ١٩٤٧م.

١٧٣- الصدة : الدكتور عبدالمنعم فرج ـ الحقوق العينية الأصلية ـ دار النهضة العربية للطباعة والنشر ببيروت ، ومصادر الالتزام ـ دار النهضة ، طبعات ١٩٥٨ ، ١٩٨٤م.

١٧٤- صالح (عبيد) : الدكتور حسنين ابراهيم ـ جرائم الاعتداء على الأشخاص ـ دار النهضة العربية .

١٧٥- الشرقاوى : الدكتور جميل ـ النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الأول ـ الالتزام ـ دار النهضة العربية ١٩٧٤م ، ١٩٨١م.

١٧٦- شحاته : الدكتور شفيق ـ نظرية الالتزامات في القانون الروماني ـ المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٦٣م.

١٧٧- شنب : الدكتور محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٦م.
وموجز في المصادر غير الارادية للالتزام - دار النهضة العربية ببيروت سنة ١٩٦٩م.

١٧٨- شرف الدين : الدكتور أحمد - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدى - طبعة ١٩٨٢م.
والاحكام الشرعية للأعمال الطبية - الطبعة الثانية ١٩٨٧م.

١٧٩- تناغو : الدكتور سمير - في المبادىء الأساسية في نظرية الالتزام - طبعة ١٩٧٠م.

١٨٠- الترمانيني : الدكتور عبدالسلام - محاضرات في القانون الرومانى - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ببغداد سنة ١٩٦٤م.

١٨١- ذهنى : الدكتور عبدالسلام - النظرية العامة للالتزامات - مطبعة مصر سنة ١٩٥٢م.

١٨٢- الذنون : الدكتور حسن - النظرية العامة للالتزام - بغداد سنة ١٩٦٩م.

١٨٣- غانم : الدكتور اسماعيل - في النظرية العامة للالتزام - مكتبة عبدالله وهبه ١٩٦٧م .
ومحاضرات في النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٥٨م.
والمسئولية التعاقدية - دروس لطلبة الدكتوراه بحقوق عين شمس سنة ١٩٧٦م.

ب ـ الدوريات ومجموعات الأحكام :

١٨٤- : مجلة ادارة قضايا الحكومة تصدرها ادارة قضايا الحكومة .

١٨٥- : مجلة المحاماه ـ تصدرها نقابة المحامين .

١٨٦- : مجموعة أحكام النقض المصرية ـ اعداد المكتب الفني .

١٨٧- : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى .

١٨٨- : مجلة التشريع والقضاء ـ دار النشر للجامعات بالقاهرة .

١٨٩- : مجموعة القواعد القانونية لربع قرن .

ثانيا : المراجع الأجنبيــــــة :

١ ـ مراجع في الفقه الفرنســـى :

أ ـ الكتب والأبحاث والتعليقـات :

1- Aubry et Rau : Droit Civil Francais T.6. Paris 1951 .

2- Badinter : Le Droit au Respect de la vie privec JCP 1968. Doct 2136

3- Colin (A) et capitant (H) : Cours élementaire de droit civil Français, Paris. 1954.

4- Chavane (A) : La protection de La vie Privée dans La loi du 17 Juillet 1970, Rev.SC. Crim. et dr pencomp. 1971.P.612. ets.

5- Domat : Les lois civiles dans Leurs order naturel, liver 2, titre 8, section 4, Paris 1777.

6- Esmein : Cours de droit civil Approfond deplomed etudes supérieures droit prive, Paris, 1949 - 1950 .

7- Girard (F), Manuel : élementaire de Droit Romain, septiéme Edition, Paris 1424 .

8- Gomma (N) : Théorié des sources de L'obligation Thése, Paris 1960. LG.DJ, 1968.

9- Giffard : Droit Romain et Ancien Droit francais les obliegtion's 3ed . Par.Robert Villevs precis. Dalloz. 1970.

10- Marty et Raynaud : Droit civile T. 2, Paris Sirey. 1962.

11- Mazeaud et Tunc : Traité theorique et pratique de la respansabilite civile délictuelle et contractuelle T.1. ed 1965.

12- Mazead (H,L) et Chabas : Lecons de droit civil T.2. 1er, Volum 6 em edition, 1978.

13- Savatire(R): Les Me'tamorphoses economique et sasiales du droit prive da'ayjoud hui, T.3. Paris 1957.

14- Viney (G) : Traité de Droit civil, sous la direction de Jacque GHESTIN les obligations, T.4. la responsabilité conditions 1982, et . T V. la responsabilités effets 1988.

ب - الدوريات ومجموعات الأحكام:

15- Dalloz Périodique . (D)

16- Sirey Périodique . (S)

17- Revie Trimestrielle de droit civil (R.T.C).

٢ - مراجع في الفقه الانجليزى :

18- Brittan : The Right of privacy in England and the United States. Tulan law Rev. P. 235, 1963.

19- Beaney : The Right to privacy and American law law and contemporary Problems. 1960, Vol. 31, P. 254.

20- Dias and Markes nis Tort law. Clarendan press Oxford 1984.

21- Nizer(L) : The Right of privacy : A Half century's Developments Minchigan law, Rev. 1941, Vol. 39, P. 526.

22- Prosser (W) : Privacy, California law Rev. Vol. 48, August . 1960, P. 380, P. 807, 4ed 1970.

الفهرس

الموضـــوع	الفقـرة	الصفحة
الاعتداء المجرد على حق مالي للشخص في الفقـه الاسلامى .	٢٦٧	٢٥٣
١ - تراجع السعر .	٢٦٧	٢٥٤
٢ - فوات جزء من العين المغصوبة .	٢٦٧	٢٥٥
٣ - فوات وصف مرغوب فيه .	٢٦٧	٢٥٥
٤ - فوات معنى مرغوب فيه .	٢٦٧	٢٥٥
خلاصة رأى الفقهاء في ضمان النقص المعنوى .	٢٦٨	٢٥٦
صور الاعتداء المجرد على الحقوق غير المالية الثابتة للشخص .	٢٧٠	٢٥٨
المبحث الأول : الضرر الأدبى الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته .	-	٢٥٩
المطلب الأول : الضرر الأدبى الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في القانون .	٢٧١	٢٥٩
مضمون حق الانسان في تمييز ذاته .	٢٧٢	٢٥٩
الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدنى .	٢٧٣	٢٦١
الاسم المستعار يشبه الاسم المدنى .	٢٧٥	٢٦٣
وظائف الاسم المستعار .	٢٧٦	٢٦٤
الاسم التجارى .	٢٧٧	٢٦٥
صور التعدى على حق الانسان في أسمه .	٢٧٨	٢٦٥
لا يشترط الضـرر لحماية الحق في الاسم	٢٧٩	٢٦٦
المطلب الثاني : الضرر الأدبى الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الاسلامى .	٢٨٠	٢٦٨
تعريف الاسم لغة واصطلاحا .	٢٨٠	٢٦٨

(وقل رب زدني علما)

رقم الإيداع بدار الكتب

٨٨٣٥ / ١٩٩٠ م

I. S·B . N : 977 - 00 - 0859 - 1